Law Reform Commission of Canada

Working Paper 14

the criminal process and mental disorder

1975

© Minister of Supply and Services Canada 1976

Available by mail from

Printing and Publishing
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada K1A 0S9

and at Canadian Government Bookstores:

HALIFAX
1683 Barrington Street

MONTREAL
640 St. Catherine Street West

OTTAWA
171 Slater Street

TORONTO
221 Yonge Street

WINNIPEG
393 Portage Avenue

VANCOUVER
800 Granville Street

or through your bookseller

Catalogue No. J32-1-14-1975

Price: Canada: $2.50
Other countries: $3.00

Price subject to change without notice

Ottawa 1975
Reprinted 1976

Notice

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman

Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman

Dr. J. W. Mohr, commissioner

Dr. Gérard V. La Forest, Q.C., commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Consultant

Tanner Elton, B.A., LL.B., LL.M.

Research Personnel

Jacques Fortin, B.A., LL.L., LL.D.

Bernard Grenier, B.A., LL.L.

R. E. Turner, M.D., F.R.C.P.(C)

Gerald E. Ferguson, B.A., LL.B., LL.M.

Table of Contents

	Page
Acknowledgement	1
Foreword	3
I. At the Cross-Roads	5
A. The Criminal Process	6
B. Mental Disorder in the Criminal Process	8
II. Understanding the Problems	11
A. A Problem of Approach	12
B. A Problem of Language	13
C. A Problem of Attitude	13
D. A Problem of Policy	15
III. Dealing with the Problems	17
A. Clear Language	17
B. The Importance of Attitudes	18
(i) How dangerous the madman?	18
(ii) The danger of dangerousness	19
C. Social Policy Toward the Mentally Disordered in the Criminal Law	20
D. Our Approach	22
IV. Mental Disorder before Trial	23
A. Diversion of the Mentally Ill	23

Table of Contents—(*Continued*) Page

B. Police Screening of the Mentally Ill 24

C. Prosecutorial Diversion of the Mentally Ill .. 26

D. A Word of Caution 27

V. Mental Disorder at Trial 29

A. The Question of Responsibility 29

B. Fitness to Stand Trial 31

(i) The Need for a Fitness Rule 32

(ii) Rationale of the Fitness Rule 33

(iii) Scope of the Fitness Rule 34

(iv) The Criteria of Unfitness 36

(v) Unfairness of Unfitness—Trial on the Merits 37

(vi) Disposition of the Unfit Accused 40

VI. Mental Disorder after Trial 43

A. Principles of Sentencing and Mental Disorder 43

B. Mental Disorder and Probation 45

C. Mental Disorder and Imprisonment 45

(i) Hospital Orders 46

(ii) The Need for Hospital Orders 48

(iii) The Need for Consent 48

(iv) Conclusion on Hospital Orders 49

D. Mental Disorder in Prisons 50

(i) Transfers to Mental Hospitals 50

(ii) Section 546 of The Criminal Code 50

Table of Contents—(*Concluded*) Page

(iii) Psychiatric Services within Prisons 51

VII. Psychiatric Evidence, Reports and Remands ... 53

A. Psychiatric Experts and the Criminal Process 53

B. Psychiatric Reports 55

(i) What do the courts want?..... 56

(ii) What are the psychiatrists trying to say? 56

C. Remands for Examination..... 59

Acknowledgement

When researching and writing Commission Working Papers it is our practice to consult with interested professionals, associations and groups. The various comments and criticisms we receive are always appreciated.

In this Paper we are particularly indebted to the large number of forensic psychiatrists who, from the very outset, freely provided us with information, advice and healthy doses of criticism. While there is probably much in the Paper with which some psychiatrists will disagree, their collective contribution has been invaluable and significant.

Foreword

This is our fourteenth Working Paper, our ninth on criminal law. It examines many of the important but sometimes neglected problems of mental disorder in the criminal process. Although it may be read as a single paper standing on its own, it is consistent with and based on the previous work of the Commission.

For reasons more completely stated in the paper, we do not deal with the insanity defence here. This important and complex question will be dealt with in subsequent publications in the wider and more appropriate context of criminal responsibility. We were also concerned that due to its traditional place in criminal law theory, a full discussion of the insanity defence in this paper would distract from the many other important and too often forgotten problems created by mental disorder in the criminal process.

Various parts of the paper will interest some readers more than others. We suggest, however, that the reader approach the paper as we did its subject matter—on a broad front. In this way the many interrelationships of mental disorder at the various stages of the process will be better understood.

This paper will be followed by a background volume of more detailed supporting studies which elaborate on many of the points raised here.

I. At the Cross-Roads

"Mad" and "criminal"—two words that cause concern. Mad is something none of us want to be but something many of us are or will become: one in eight Canadians will spend time as a patient in a psychiatric institution; one in six will suffer from some form of serious mental illness. On any day in 1974 there were nearly 60,000 Canadians in psychiatric facilities and several times that many receiving psychiatric treatment in the community.

Likewise with "criminal"—a word we like to use to describe "them" but never "us". Yet there are approximately 20,000 Canadians behind bars at any point in time. This is only the tip of the iceberg; not all convictions result in imprisonment, there are three reported crimes for every conviction and for every offence reported, two are not. This is not to mention the large number of convictions for minor offences—about one and a half million last year. In reality "criminal" is a better description of "us" than "them". No wonder Canadians rate mental disorder and crime near the top of current social concerns.

Our concerns are justified, for mental disorder and crime exact a heavy price from society. With mental disorder there is the economic cost of maintaining and expanding the mental health system—more than one billion dollars last year. But this is a minor cost when compared to the suffering and irretrievable loss of human resources which mental disorder leaves in its wake.

Crime also has costs. It costs in suffering to the victim and alarm to society; it costs in punishment to the offender and loss of liberty to us all; it costs by requiring

the maintenance of the criminal justice system—more than one and a half billion dollars last year.

We have, then, two disquieting words, two costly problems and two enormous systems—this paper is about their intersection. It is about people like Ralph, who killed a friend while suffering from an insane delusion that he was trying to turn his family against him; and Edna, a new Canadian with language difficulties who turned a garden hose on a neighbour in a backyard fence argument and was subsequently sent for psychiatric evaluation; and seventeen-year-old Harry, whose trial on a charge of assaulting his shop teacher with a chisel was postponed because he was found mentally unfit to be tried; and Fred, an inmate in a federal penitentiary who became accutely depressed and tried to commit suicide; and Karen who was taken by the police to the emergency ward of a local hospital after they found her wandering naked along the streets of her fashionable neighbourhood in the early hours of the morning; and Alec, who was convicted of armed robbery but because of a history of mental illness he was sent to a mental hospital instead of prison.

These actual incidents (names changed of course) have two common elements—each straddles one of the many cross-roads of the criminal and mental health processes, and each combines two of society's most pressing social concerns. This paper considers the problems of the people—the Ralphs, Ednas, Harrys, Freds, Karens and Alecs of Canada—caught at the cross-roads. It is about how the mentally disordered are dealt with in the criminal process.

A. The Criminal Process

How the mentally disordered should be dealt with in the criminal process largely depends on what we understand that process to be and what we mean it to do. After carefully considering many aspects of the process in our earlier Working Papers, we have concluded that the crimi-

nal law—the foundation of the process—has a dual purpose. It serves partly to protect us from harm but more importantly to promote and bolster essential social values. This it does by educating and above all by furnishing a necessary response when basic values such as personal security, honesty and protection of property are infringed. Such a view treats individuals as responsible persons with rights and obligations, who may choose to do wrong and risk the consequences.* When the choice is to break the law—to infringe a social value—the offender is liable to be held accountable in public before representatives of society.

The criminal trial is the institution through which persons accused of wrongdoing are brought to account or exonerated and the threatened values reaffirmed.** Its procedure is adversarial, structured as a dispute between society and the accused and arbitrated by an impartial judge. The accused's presence and participation is essential; not only is he the reason for the proceeding, he also is an active party, answering the charge, engaging and dismissing counsel and suffering the consequences if convicted.

From conviction flows punishment and sentencing, the final stage of the process.*** In our view criminal sanctions should further underline the dignity and well-being of the individual, both offender and victim. They should be humane, proportional to the offence and treat similar cases in a like manner. As well, account should be taken of the need to reconcile the offender with the victim and society through restitution and compensation.

Underlining the entire criminal process is a principle of restraint. Because it involves society's most destructive and intrusive forms of intervention against the individual, the criminal process should only be invoked with caution and with full recognition of its moral and practical limitations. It is society's last resort to be used only when milder methods have failed.****

---

* See, *The Meaning of Guilt* and *Limits of Criminal Law*

** See, *Diversion* and *Limits of Criminal Law*

*** See, *Principles of Sentencing* and *Disposition* and *Restitution and Compensation*

**** See, *Diversion* and *Limits of Criminal Law*

B. Mental Disorder in the Criminal Process

Given this view of the criminal process, when should mental illness be taken into account? The short answer is whenever relevant, and it becomes relevant whenever affecting a principle essential to the criminal process. But first, what is mental illness?

We recognize that mental illness is a medical category and properly leave its definition to the doctors. It matters not whether we believe that sanity is only mental disorder put to good uses, that we are all mad in varying degrees, or that mental illness is a myth. Nor is it necessary for criminal law to choose between various psychiatric schools of thought or diagnostic categories. These are properly left to the medical profession to define in the perspective of treatment of patients. It is not so much mental disorder as its effects that concern us in the criminal process. The nature of an accused's mental illness may not be legally significant; its repercussions may be. What, then, are the effects of mental illness that should be taken into account in the criminal process?

At the outset, mental disorder may affect the principle of *restraint* in the use of the criminal law. An individual's mental disorder might influence the decision whether the criminal law should be used at all. At the beginning of and during trial mental disorder may affect the principle that parties to a criminal proceeding be *aware* and able to *participate*. Where an accused is so mentally disordered as not to realize the personal import of the proceedings or direct his defence, the question whether he should stand trial at all arises. Mental disorder may also affect the principle of responsibility from which springs the presumption that individuals can control and be held accountable for their acts. For individuals so afflicted by mental disorder as to be unable to understand the consequences of their acts or exercise a rational minimum of control over their behaviour, it is the question whether they should be held criminally accountable in court that arises. After conviction mental disorder may affect the principle that dispositions be *humane* and *just*. A sentence depriving a mentally disordered offender of essential psychiatric services that would have otherwise been available would be both inhumane and unfair.

These, then, are the points at which mental disorder should be considered in the criminal process: first, should the criminal law be used at all? Second, is the accused mentally aware of what is happening and able to participate at trial? Third, is the accused mentally capable of being held criminally responsible? And, fourth, should the accused's mental disorder be taken into account in sentencing? Each of these questions is treated later under the headings of Diversion of the Mentally Ill, Fitness to Stand Trial, Mental Disorder at Trial, and Principles of Sentencing and Mental Disorder. There are, however, a number of important preliminary and collateral problems that should be considered.

II. Understanding the problems

Most writers recognize that mental disorder affects the pre-trial screening of offenders; they agree that fitness to stand trial and mental disorder affecting responsibility are distinct issues, raised for different reasons, using different procedures and effecting different results; and they also agree that mental disorder may influence sentencing.

But if principle is clear, practice is not. Pre-trial diversion of the mentally ill is sporadic and informal. The issue of fitness and legal insanity have been confused in the cases, mixed in psychiatric reports, avoided when they should have been raised, and raised when they should have been avoided. Collateral procedures such as the remand provisions of the Criminal Code are not related to the need for or the purpose of psychiatric examinations and are used to accomplish ends for which they were never intended. The result is a strange form of legal double-talk. "Postponement" may mean indeterminate detention or final disposition, "acquittal" as insane may mean life imprisonment. And all procedures seem to be used interchangeably to achieve the same end—the indeterminate detention of the mentally ill offender.

Why should there be such practical confusion when theory is said to be clear? There are many reasons. Partly it has to do with our traditional approach to mental disorder and the criminal law, partly with the state of our written law, partly with our attitudes and partly with our lack of clear social policy towards the mentally ill.

A. A Problem of Approach

First, our approach. Traditionally, mental disorder in the criminal law was seen only in terms of unfitness and the insanity defence. Even these were isolated from one another and there has been a tendency to discuss each with a minimum of cross-reference to the other. Consequently, the vast bulk of the literature focuses on either fitness or the insanity defence, usually to the exclusion of all other problems of the mentally disordered in the criminal law. We follow this tendency by considering fitness to stand trial separately later in this paper and the intricacies of mental disorder and criminal responsibility in a separate working paper. The reason is that there are problems unique to fitness and criminal responsibility; individual treatment focuses attention on those issues specific and important to each individual area. This approach, then, has advantages.

But it also has risks. The enormous amount of academic energy lavished on the insanity defence and unfitness rather than on the whole question of mental disorder and the criminal law has had its unfortunate aspects. Its volume is more impressive than its cogency and, to some extent, it further complicates already complex issues. More important and tragic, it obscures the fact that mental disorder creates many more problems in the criminal law than who shall, due to mental disorder, be relieved from criminal liability or excused from the rigors of trial. It is important to realize the extent to which the neat legal lines of theory have been blurred in practice, that the traditional distinctions are not reflected and sometimes contradicted in law and the extent to which the various concepts and procedures are misunderstood, mismanaged, or simply missed by judges, lawyers and psychiatrists.

Dealing with each separate concept as if it were self-contained means we may risk missing or, at least, not directly deal with questions of great significance to the mentally disordered in the criminal law process. It is the case of not seeing the forest for the trees. In other words, focusing on specific parts has prevented development of

rational policies for the whole. This lack of a general approach accentuates other problems.

B. A Problem of Language

At the best of times the administration of the law does not conform to its stated goals and objectives. If it did, a description of what law is would also describe what it does. This, however, is rarely the case; there is usually some difference between legal intent and actual result. Divergence of theory and practice is not only likely but inevitable where language is imprecise and incomplete. If the confusion that preceded destruction of the Tower of Babel resulted from using many words to describe the same thing, here it is at least partly caused by using the same word to describe different things. That word is "insanity".

"Insanity" or "insane" appears in twelve different sections of the Criminal Code and has at least four meanings. In one section it clearly refers to criminal irresponsibility caused by mental disorder. In another it describes the quite different mental condition of an accused being unfit to stand trial. In yet others "insane" appears to refer to any pervasive mental disorientation. As well, "insanity" is commonly used by most people—including laywers, judges and even doctors—to refer generally to any psychotic state. Inconsistent language makes understanding difficult even where social policy is clear.

C. A Problem of Attitude

But social policy is not clear and this is partly due to our attitudes toward mental illness and the mentally ill.

> "O! Let me not be mad,
> Not mad, sweet heavens,
> Keep me temperance;
> I would not be mad!"

Such was the reaction of King Lear to the suggestion that he was losing his mind. We might think it an exaggerated response from a man who accepted the loss of his kingdom, his status, his daughters and finally his health. But in some ways it reflects our own fear of becoming mentally ill—of losing our mind. True, we are also afraid of other forms of illness and disease—cancer, for example—but there is a difference of degree. Losing an organ or a limb, losing a portion of life to a protracted illness, or even losing life itself to disease are personal tragedies that can be understood, delt with, and accepted with dignity. But if, as has been said, the brain is the citadel of the soul, when we lose our mind we lose ourselves. We become, in the words of Euripides, "a body as void of mind as a statue in the marketplace". It is not surprising, then, that we fear mental illness and that this fear translates into rejection of the mentally ill. Although there is some recent evidence that public attitudes are becoming more enlightened, there is no question That the mentally ill are still stigmatized. This stigma becomes even more pronounced when mental illness is associated with criminality. The person doubly labelled as "mad" and "bad" is doubly damned. He is perceived as being uniquely dangerous, and more in need of restrictive measures than either the merely mentally ill or criminal.

This widely held fear of the mad criminal makes acceptable the confinement and lengthy detention of mentally disordered accused or offenders in circumstances in which their "sane" counterpart would be either less severely sanctioned or released outright. These attitudes are reflected in the element of preventive detention implicit in the remand and dispositional provisions of the Criminal Code and in the choice of procedures of the personnel dealing with the mentally ill in the criminal process. What other explanation is there for the inevitable remands in custody "for observation" rather than examination as an out patient, or for lieutenant governor warrants which emphasize "safe custody" rather than treatment of unfit accused or persons found not guilty by reason of insanity?

A further attitude reflected in current procedures and practice is that we pretend we are doing the mentally

disordered offender or accused a favour by sending him for long periods of time to mental institutions. We seem to think that he will be "better off" than if he were released or sent to prison.

D. A Problem of Policy

The last and perhaps the key reason for current confusion is criminal law's failure to recognize and provide for practical problems falling outside the traditional legal concepts of unfitness and insanity.

The day-to-day work of policemen and the courtroom realities of judges, prosecutors and defence counsel often go beyond the purely legal questions of whether a particular accused is fit to stand trial or criminally responsible. For them, the mentally disordered accused poses a host of collateral questions unrelated to any of the formally recognized procedures. Questions such as: Is he in need of immediate treatment? Will the local psychiatric facility take him? What are the chances of an early psychiatric release? What is the likely outcome if he goes to trial? How serious is the crime charged? Can the accused be civilly committed if the charge is dropped? Does he have any family in the community or is there a community agency which will be willing to supervise him if he is released? These and other considerations often obscure the traditional legal questions in the minds of police, lawyers, psychiatrists and judges.

Unfortunately there is at present no recognized legal framework within which these practical and often valid concerns may be resolved. Given a natural tendency to choose procedures for practical results rather than abstract purposes, it should surprise no one that available procedures are used to serve a variety of social objectives often unrelated to their apparent purpose. Nor is it surprising that a host of local *ad hoc* procedures have developed, sanctioned only by custom and often of questionable legality.

III. Dealing with the Problems

These, then, are some of the obstacles that must be overcome before reform is possible—the legacy of a narrow view of mental disorder in the criminal law, unclear language, improper attitudes, and the need for practical solutions to social problems. Each is a strand of the knotty problem of reform and each must be considered. Language is perhaps the easiest and least controversial, so we begin there.

A. Clear Language

"What can be said can be said clearly". The most humane of intentions are of little use and even dangerous unless clearly communicated. The confusion surrounding the word "insanity" is not a unique or isolated example of misunderstanding owing to language. Perhaps even more important is what is not said; the confusion resulting from the incomplete articulation of principles and procedures. Whatever the ultimate social policy adopted toward the mentally ill in the criminal process, it should be clearly expressed.

This is not to say that all problems of the mentally ill result from an inappropriate and incomplete legislative vocabulary or that they will disappear through a better choice of words. Clear expression, however, is a good

beginning to reform of this area of the criminal law. We attempt, therefore, in this and following papers on mental disorder to use clear and consistent language. And we recommend that legislative language be rationalized and clarified to clearly articulate and differentiate between the various legal concepts and procedures pertaining to mental disorder and the criminal law.

B. The Importance of Attitudes

Attitudes and the values they reflect determine the possible and impossible in law reform, for attitudes form and define the limits of human activity. More than anything else, they determine how society will treat a particular problem. Of course, attitudes are only problematical if erroneous; the implication being that in this instance they are.

(i) *How dangerous the madman?*

Our fear of persons doubly tainted with mental illness and criminality and the restrictive procedures we use in dealing with them are only justified if our perception of the uniquely dangerous criminal madman is true. The danger we fear is violence; the protection we demand is from the violent mentally ill. The vital question, then, is whether mentally ill accused or offenders represent as a group a greater social danger for violence than their sane counterparts?

Virtually all recent research and data indicate no compelling reason for the criminal process to deal automatically with the mentally ill accused or offender more harshly and restrictively than with sane people. For example, the incidence of mental disorder in prisons approximates that in society generally; released prisoners who have a history of mental disorder are less likely to return to prison than normal prisoners; nor do the mentally disordered exhibit a higher incidence of violent behaviour than is found in the community generally. No conclusive correlation has been found between mental disorder

and dangerous, violent conduct. On the contrary, some studies show the mentally ill may be less prone to violence than the general population. There is, then, no rational foundation for the element of preventive detention implicit in our system of remands for examination or in the disposition of unfit accused or accused acquitted by reason of insanity.

This is not to say that there is never any danger of violent behaviour from the mentally ill, or that the criminal law should not consider the possibility of such dangerousness when remanding for examination or determining disposition of the mentally ill. Dangerousness should and must be considered, but there should not be a blanket assumption that all mentally ill persons are prone to violence. Restriction of the freedom of a mentally disordered accused or offender should only be imposed when justified.

(ii) *The danger of dangerousness*

But when is detention justified? While acknowledging that there are instances in which preventive detention of the mentally ill is called for in both the civil and the criminal process, the limitations of our predictive ability in this area must be frankly faced.

In the last few years legal and medical journals have been inundated with reports of studies considering various aspects of the reliability and predictive accuracy of psychiatric assessments of dangerousness. More remarkable than the bulk of this literature is its unanimity—it concludes that clinical predictions of dangerousness are at best, suspect and, at worst, totally unreliable. Representative of these studies are those based on an incident in the United States now known as "Operation Baxstrom".

John Baxstrom was detained in a maximum security mental hospital beyond his legally imposed sentence without an assessment of his present dangerousness having been made. This, said the Supreme Court of the United States, denied him his right to equal protection and treatment under the law and they ordered his release. A further

consequence of this decision was the release or transfer to civil hospitals of 967 other prisoners whose extended detention had been justified on the basis of their clinically assessed dangerousness. There was an immediate official and public fear of violence.

But very little happened to justify either the public's fears or the prisoners' detention. In a series of follow-up studies over a four-year period it was found that levels of violence in the Baxstrom group were not significant, that those transferred to ordinary hospitals quickly adapted to the new setting with a minimum of problems and that of 121 released immediately or eventually into the community only nine were convicted of any crime and only one of a crime of violence. Many other studies confirm the limitations of psychiatric prediction of dangerousness which "Operation Baxstrom" so dramatically highlights.

In this instance, we are our own victims. Why should we (or psychiatrists) expect prediction of what is essentially unpredictable? Dangerousness is not usually a continuing state. It depends on the situation and is usually triggered in individuals by a complex and sometimes over-powering cobwed of circumstances. We are not dealing with one known factor meeting another known factor in a controlled experiment. Here, the laboratory is all society, the variables vastly outnumber the constants and the controls are determined by that blind technician chance. Accurate prediction is extremely difficult.

C. Social Policy toward the Mentally Disordered in the Criminal Law

Social policies toward mentally ill accused and offenders need to be fully thought through and clearly articulated. Only then can problems be defined and practical solutions developed. To be effective, procedures must be predicated on clearly expressed and consciously developed social policies. Until basic policy questions are answered, treatment of the mentally disordered in the criminal process will be dominated by often irrational and

unacknowledged social objectives, and confused and inappropriate procedures. Policy questions such as: What is the role of mental disorder in the criminal law? When should a person's mental disorder be a bar to or a postponement of criminal proceedings? When is psychiatric examination necessary and what form should it take? What kinds of dispositions are appropriate? When does a person's mental disorder justify depriving him of his liberty? When is therapeutic or preventive custody called for and for how long? Where should the balance between freedom of the mentally disordered and protection of society be struck?

There is not one social policy to answer all the above questions, nor is there one policy maker in one process who could implement it. Here we are not faced with a single or even a group of problems that can easily be isolated and resolved. Rather, the problems stemming from mental disorder line the length and breadth of the criminal process. The appropriate social response depends on the particular case and a host of other factors. The problems also cut across departmental jurisdictions within governments and constitutional jurisdictions between governments. In the result we must consider many policies, policy makers, government departments and governments.

However, while it is difficult to outline at the outset the policies that should be adopted and the procedures that should be developed in every instance, we can indicate certain broad guidelines based on our earlier discussion. Taking into account the aims of the criminal process and the role of mental disorder in it, the principle of restraint in using the criminal process, the lack of positive correlation between mental disorder and criminality or mental disorder and violence, and the well-documented limitations on our present ability to assess, predict or treat dangerousness, we make the following recommendations:

First, that the criminal process be invoked for the mentally disordered only when no other viable social alternative is available. Implicit in this recommendation is the assumption that increased emphasis will be placed on the pre-trial diversion of the mentally ill.

Second, that mentally disordered persons be entitled to the same procedural fairness and benefit from the same protections of personal liberty as any other person. In this regard, extreme caution should be exercised before a person is deprived of his liberty, however short the period, for a psychiatric examination.

And third, in those instances where some form of detention is felt necessary, it must be subject to review and in no circumstances should it be indeterminate.

D. Our Approach

In the following sections we consider the problems of the mentally disordered as they arise in the three basic divisions of the criminal process—before trial, at trial and after trial. This is followed by a section on psychiatric evidence relating to all stages of the process. This approach, we trust, will allow an overview of the forest of mental disorder in the criminal process without losing sight of the individual trees.

IV. Mental Disorder before Trial

The mental problems of most people begin before they come into contact with the criminal process; they bring their mental disorder with them. It is important therefore, that the mentally disordered be identified as early as possible in the process to assure that they will be treated in legally and medically appropriate ways. One way of dealing with the mentally disordered before trial is to divert them from the criminal law altogether.

A. Diversion of the Mentally Ill

None of us like to be where we don't belong, even less to be thrust into ill-suited, inappropriate roles. Very simply, this is what diversion avoids. It is based on the principle of restraint and requires that before we invoke the force of the very blunt and powerful social instrument called criminal law, we ask ourselves not only if we *can* use it but also if we would be *wise* to do so. Wisdom dictates that where appropriate methods and procedures are available and appropriate they be tried before recourse to the criminal law is considered.

Diversion, then, recognizes that some of the people who find their way into the criminal process shouldn't have been let in or shouldn't be required to go further.

Sometimes the mentally disordered fall into this group. In the following paragraphs we focus briefly on two points in the process at which diversion should be considered: first, contact with the police and, second, contact with the prosecution.

B. Police Screening of the Mentally Ill

When people feel threatened or annoyed by the bizarre or irrational conduct of another, they usually call the police. So the mentally ill's first official contact with the criminal process is often in the person of a police officer. The traditional police response, where the evidence is sufficient, is to dispose of the incident through charging. This should not always be the case; in appropriate circumstances the police should divert the mentally ill away from the criminal process.

Sometimes they do. Police can exercise their discretion (as they do in many other instances) not to charge a mentally ill person who has apparently committed an offence. As well, most provinces empower police to take persons "apparently suffering from mental disorder" into custody without charging and to take them to a hospital. Here, our concern is not that police screening of the mentally ill never happens, but that it is not happening uniformly or with sufficient frequency. The decision whether to charge a person who appears mentally unbalanced is important and one the police should be helped to make. The difficulty of implementing and formalizing police screening at the point of arrest is treated in more detail in our Working Paper *Diversion*; here we consider some aspects of the problem of police screening of the mentally ill.

Successful police diversion requires more than the possibility of the police exercising their charging discretion and the existence of legislation allowing them to take custody of the mentally ill without arrest for delivery to a hospital. Policemen must be trained to recognize and deal with the mentally ill offender, to know what community

resources are available, and to encourage the consensual, community-based solution of marginal cases. There should be procedures, preferably simple, expeditious and developed in consultation with local hospitals and psychiatric facilities, to assist the police and interested parties to get needed medical services. And, most important, the internal policy of the individual police forces should encourage diversion of the mentally ill.

We are not suggesting that policemen become lay-psychiatrists, just better prepared to seek non-criminal dispositions to a range of troublesome incidents. It may be unfair and perhaps dangerous to expect police officers to make snap decisions to divert a mentally disordered offender in some of the more difficult cases. They could be helped with this responsibility through a number of different devices. An approach that has been successful elsewhere has been the use of police panels to centralize the decision to divert. Difficult or questionable cases are brought to police headquarters where the final decision is made in committee.

Quebec is currently trying another technique. In Montreal, with the help of the Philippe Pinel Institute of Psychiatry, there is a consultation service (Centre de Consultation Psychiatrique) to which police may refer persons they suspect suffer from mental illness. In 1974 the Centre received almost 1,000 referrals of which approximately three-quarters were diverted out of the criminal process, usually back into the community either directly or after a short period of hospitalization.

Both the above examples presuppose a relatively large community. The procedure adopted in a particular area will of course depend on a host of local factors such as the size of the police force, the availability of psychiatric facilities, the cooperation of local hospitals, not to mention the temperament and make-up of the community. It would be foolish to suggest that a uniform system be adopted for the entire country. It is necessary, however, that experiences be shared, general guidelines established, and model procedures developed. The appropriate bodies to initiate and encourage an exchange of ideas and development of guidelines and model procedures are the Fede-

ral Department of Justice and the Solicitor General and their provincial counterparts.

C. Prosecutorial Diversion of the Mentally Ill

Once an information has been sworn before a justice of the peace and process issued, control over the criminal process passes from the police to the prosecution.

Again, the general question of diversion by the prosecution at the pre-trial level is considered in our Working Paper, *Diversion*, but, there are a number of considerations particular to the mentally disordered accused.

Although it is evident that Crown prosecutors have discretion to withdraw the charge, refer the accused for psychiatric examination or proceed to trial, there are no formal criteria for dealing with a mentally disordered accused. But how a prosecutor deals with the accused can be vitally important. He may, for example, consider withdrawing the charge on condition that the accused seek psychiatric help. Or he may use withdrawal of the charge as *quid pro quo* for the voluntary civil commitment of the accused. Because such decisions dramatically affect the liberty of the subject they should only be made in consultation with the accused and his counsel—and they should be made consistently. That is to say, that criteria for diversion should be established to encourage the uniform treatment of like cases.

Increased defence discovery as recommended in our working paper on pre-trial discovery, would help encourage consistency and openness in the pre-trial diversion of mentally ill accused. In the absence of a formal discovery procedure, there should be pre-trial diversionary discussions to encourage consensual dispositions. A prerequisite to the success of such discussions would be the early availability to both sides of psychiatric assessment of the accused. This is taken into account later in our consideration of the proper role of remands and psychiatric examinations. It is also essential that the prosecutor undertake an early assessment of the case. At present many cases

are not seen by the Crown until the day before the preliminary hearing or trial.

D. A Word of Caution

It is not enough to say that the mentally ill should be diverted from the criminal process. Every departure implies an arrival and persons who leave the criminal process arrive somewhere else—possibly the community or another process. For the mentally disordered accused the other process is the mental health system and the vehicle of introduction can be involuntary civil commitment.

Diversion is intended to encourage community based solution of problems. This implies something more than simply shuffling individuals from one form of detention (criminal) to another (medical). It implies the use of community resources and community understanding to resolve problems within the community. The effect of diverting from the criminal process should not be to increase the use of civil commitment.

V. Mental Disorder at Trial

At trial an accused's mental disorder has traditionally been considered in two ways: first is the accused mentally fit to stand trial; secondly, is he mentally capable of being held responsible for his acts. Mental fitness to stand trial we consider in the next part; mental disorder affecting responsibility we briefly consider here.

A. The Question of Responsibility

Responsibility is at the base of the criminal law and, for the purposes of that law, we are all presumed criminally responsible. It is as if we all have tickets to the criminal process, but tickets which may be revoked or temporarily suspended. Soldiers, for example, have a ticket to a different system—a military process. Foreign diplomats have no ticket, but may be asked to leave. The very young don't get a ticket until seven years of age, only conditionally until fourteen and up to sixteen their ticket usually provides for only juvenile entrance with reduced privileges and obligations. For various policy reasons all the above are not considered responsible and are not allowed into the criminal process.

The mentally disordered may also be refused admission. The reason is that in our view of criminal law it

would be unjust to punish an accused who, for whatever reason, does not understand the consequences of his acts or is unable to exercice the required rational minimum of control over his behaviour. Individuals so afflicted will not be held criminally accountable by the courts. Or, to follow our earlier analogy, their ticket is declared null and void.

The principle is clear; its elaboration is not. Little in criminal law engenders as much or as heated debate as the effect of mental disorder on criminal responsibility. Some consider an insanity defence to be absolutely essential to the criminal law; others strongly recommend that it be abolished; yet others suggest that it be tempered with a half-way house of diminished responsibility. There are, we suggest, five alternatives:

(1) Abolish the insanity defence, and with it the present notion of criminal responsibility while providing for therapeutic disposition of mentally disordered offenders at sentence.

(2) Abolish the insanity defence but consider the effect of mental disorder on the mental element required by the offence.

(3) Retain an insanity defence but add a further, partial defence of diminished responsability.

(4) Retain an insanity defence but with different criteria.

(5) Retain the present insanity defence as articulated in section 16.

In light of the principles set out in this paper the need for a special defence based specifically on mental disorder is open to serious question. Because this question is vital to the whole consideration of responsibility in the criminal law we feel it would be inappropriate to consider it in a paper focusing on the problems of the mentally ill in the criminal process. Rather, the whole concept of responsibility taken not in the relative isolation of one group of persons, (e.g. the mentally disordered) but in the context of a rational criminal justice system, will be considered in subsequent publications.

There is also a practical reason for not considering this issue here. For all its therectical importance, the insanity defence—whatever its form—is now of little practical consequence. Probably as a result of the virtual abolition of capital punishment, the decreasing severity of sentences and the introduction of parole and probation, the insanity defence is now raised so infrequently as to be statistically unimportant. If the trend in Canada follows that recommended in this paper and that of other countries which have encouraged pre-trial diversion of the mentally ill and the possibilities of therapeutic alternatives in sentencing, the few cases now heard will be still further reduced. Last year in England, for example, with two and one half times our population, there were only *two* successful insanity pleas.

It can, of course, be argued that if the insanity defence is changed to avoid the present consequence of indeterminate detention in a mental hospital, it will assume more practical importance in the future. What we feel is more likely, however, will be the increasing use of pre-trial diversion and civil procedures rather than raising the insanity defence in court.

This in no way depreciates the great theoretical importance of mental disorder as it effects criminal responsibility, but it does illustrate why a working paper on the problems of the mentally ill in the criminal process need not discuss the insanity defence at length.

B. Fitness to Stand Trial

Canadians, says the commercial, know better than most what it means to be unfit. It means being overweight, short of breath, long of leisure, and out of shape. This kind of unfitness may prevent us from running upstairs two steps at a time or from winning the Boston marathon, but it can never prevent us from standing trial. However, another kind of unfitness—unfitness to stand trial—can and does.

"Is the accused fit to stand trial?" This is the question asked when a person awaiting or standing trial shows signs of mental disorder. If the court answers the question negatively there is no trial and the accused is exempted from the proceedings until he regains sufficient mental ability to participate. This exemption is the fitness rule and the process of initiating and implementing it is the fitness procedure.

Much has been said recently about the fitness rule and its application: all legal commentators and committees agree that substantial change and revision is necessary. Most studies assume that, despite its faults a fitness rule is necessary, its purpose is known, and that it should be restricted to mental disorder. This, however, leaves unexamined two considerations basic to any attempt at reform. First, the need for any such rule—why have a fitness rule? and second, the rule's scope—to whom should it apply? We begin by considering these.

(i) *The Need for a Fitness Rule*

To reform the fitness rule without questioning the need for its existence is much like renovating and old and dilapidated house at great cost and discomfort without first asking if we wouldn't rather live elsewhere. Our initial question, then, must be: Is the fitness rule really necessary?

The fitness rule is closely linked to our system of criminal justice and any basic change in the nature of that system would affect the need for such a rule. If, for example, it were no longer thought important that persons accused of crimes understand the nature or potential consequences of trial and participate in proceedings, then a procedure intended to promote and protect understanding and participation would not be necessary. But we suggest no such fundamental change. In our view the criminal law should continue to be based on notions of responsibility and accountability and criminal procedure should continue to be adversarial. It follows that the historical antecedents that originally gave rise to the fitness rule will continue to apply.

This however, is not proof conclusive of the present need for a fitness rule. There may be other, more effective, less complicated means of accomplishing the ends for which the rule was designed without resorting to the rather drastic step of exempting the accused from trial. It could be argued, for example, that an accused's personal participation at the trial is now less important than it once was. In most cases the participation of the accused is vicarious—everything is done through counsel. If, then, the accused is adequately represented his personal involvement is unnecessary and the fitness rule is, therefore, unnecessary.

To this we reply that in spite of increasing use of counsel and legal guarantees of representation, the active participation of the accused in court remains essential. There are certain decisions—for example, the plea, election as to the mode of trial, retention and dismissal of counsel—that he and he alone must make. A mentally disordered accused unable to make such decisions is not suffering from minor disability that may be compensated for by procedural devices; he is bereft of all ability to participate in the proceedings. In such circumstances fairness demands that the accused be exempted from trial.

(ii) *Rationale of the Fitness Rule*

The rationale of the fitness rule, then, is this: it promotes fairness to the accused by protecting his right to defend himself and by ensuring that he is an appropriate subject for criminal proceedings.

The accused has the right to make full answer and defence to the charges brought against him. Fairness demands that he be aware of what is going on at trial so as to take whatever steps available to avoid the potential consequences of being found guilty. A trial at which the accused is mentally unable to exercise his rights is really a trial at which these rights do not exist. Exempting him from trial, therefore, protects his rights to make full answer and defence.

As well, our notions of responsibility, punishment and specific deterrence are based on the accused's involvement in his trial. He must know if convicted, for what crime and if punished, for what reason. It would be wrong to convict or sentence a person who does not appreciate what is happening to him. The fitness rule prevents this.

It is important not to confuse this rationale of the fitness rule with other benefits which may flow from its use. Benefits such as promoting the accuracy of the trial and maintaining the decorum of the proceedings. Such consequences, although beneficial, are but incidental and the fitness rule should never be used to promote them. It follows that a mentally disordered accused who may disrupt the proceedings or whose mental disorder may in some way affect the accuracy of the trial should not be found unfit if he otherwise understands the meaning and object of the proceedings and if his ability to participate is unimpaired.

To reiterate, then, the purpose of the fitness rule is to promote fairness to the accused by protecting his rights to defend himself and by ensuring that he is an appropriate subject for a criminal proceeding.

(iii) *Scope of the Fitness Rule*

To whom should the rule apply? It seems reasonable that all accused with communication or comprehension difficulties should benefit from the fitness procedure. But not all do, since the fitness rule now applies only when those disabilities are caused by mental disorder. This was not always the case. At one time the fitness exemption extended to all physical impairments and cultural differences affecting an accused's ability to communicate or participate. Deaf-mutes, for example, were historically the first group to be found unfit to stand trial, and there are other examples of the rule being applied to persons who, for causes other than mental disorder, were unable to fully participate. A case can be made for restoring these non-mental categories and focusing the rule on the consequences rather than the causes of unfitness.

It is arguable that any accused unable to understand the proceedings or to communicate with his lawyer because he either does not speak or understand the language of the court or because of some physical impairment or for any other reason, is in the same position as a mentally unfit accused. As such, he also should be exempted from trial until his ability to participate is ensured.

In reply it may be said that the present distinction between mental and other kinds of disabilities is valid. With the mentally disordered accused the problem is with the accused himself. For this reason he is exempted from trial and treated. But with cultural or linguistic "unfitness" there is nothing wrong with the accused. His inability to participate and communicate is caused by an easily remediable external situation. In such cases, rather than treating an accused as unfit, it would be preferable to furnish him the rights and means to participate at trial. The Bill of Rights, for example, gives everyone who cannot speak the language of the court the right to an interpreter and the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice.

Interesting as this question is, we must leave it unresolved. This working paper deals specifically with mental disorder and any wider consideration of the scope of the fitness rule would be inappropriate here. We therefore restrict our discussion to unfitness as it relates to mental disorder, without suggesting that the rule be limited to this cause only. We raise the problem here to provoke comment and discussion.

To recap briefly, our preliminary consideration of fitness leads us to three conclusions. First, there is a continuing need for a fitness rule. Second, the rationale of the rule is to promote fairness to the accused by preserving his rights to defend himself and by ensuring that he is an appropriate subject for a criminal trial. And, third, mental disorder should continue to be one cause of unfitness, that other causes of unfitness merit consideration, though it is beyond the scope of this paper. Having determined the need for the rule, its rationale and its immediate

scope, we may now consider the problems of its application in Canada.

There are many problems, most of which are considered in detail in our background paper *Fitness to Stand Trial*. Here, we consider what are in our opinion the three major concerns. They are: the criteria of unfitness; the present impossibility of fully considering the merits of the charge before fitness is determined; and disposition of unfit accused.

(iv) *The Criteria of Unfitness*

The criteria of unfitness, although generally agreed upon by most academics and judges, are not spelled out in the Code. Consequently, they are sometimes misunderstood. There are examples of appellate court decisions that confuse unfitness with mental disorder affecting criminal responsibility and psychiatric reports that equate the criteria of unfitness with those of civil commitment. Much of this confusion would abate if the criteria of fitness were clearly articulated in the law.

After carefully considering Canadian case-law and criteria used in other jurisdictions, we recommend the following three-pronged test of unfitness. A person is unfit if, due to mental disorder:

(1) he does not understand the nature or object of the proceedings against him, or
(2) he does not understand the personal import of the proceedings, or
(3) he is unable to communicate with counsel.

Of these three only the third—communication with counsel—requires elaboration. Instructing counsel is tied to the accused's participation at trial and implies the ability to communicate rationally. But it does not include the ability to recount everything that transpired before, during or after the offence. If loss of memory is accompanied by or results in mental inabilities falling within the other criteria, the accused may be found unfit. But lack of recollection alone should not result in unfitness.

(v) *Unfairness of unfitness—Trial on the Merits*

Although ostensibly intended for his benefit, a finding of unfitness may be unfair to the accused—especially when it is in his interest that trial proceed. Present law does not adequately consider the accused who, although perhaps unfit, has grounds for attacking the criminal charge on its merits. Consider, for example, the following case.

The accused was charged with theft. He pleaded not guilty and was prepared through counsel to meet the charge with a defence of alibi. But because he was congenitally retarded he was found unfit and his trial postponed. Assuming his defence was valid, being found unfit placed him in an untenable position. If he could proceed to trial he would be acquitted, but he couldn't be tried because he was unfit. So he was detained in a mental hospital until he became fit. But he would never be fit. He would never be returned to trial and therefore never be acquitted. The net effect was to condemn without trial a person not convicted of a crime to a lifetime of psychiatric detention—all in the name of fairness to him. The injustice is obvious and must be avoided. Present procedures, however, afford only limited protection.

The judge may presently postpone the issue of fitness to the close of the case of the prosecution, allow the defence to present legal objections to the charge and require the prosecution to establish at least a *prima facie* case of guilt. Therefore, where the prosecution is legally barred (e.g. for lack of jurisdiction) or where the charge is defective in law (e.g. an invalid indictment of lack of an essential element of the offence), the accused or counsel acting on his behalf may obtain an acquittal. In these cases there is no inquiry into his fitness to stand trial. But this protection is imperfect because it does not go far enough. An accused with a defence, such as the accused in our earlier example, is precluded from presenting it because the postponement is only to the close of the prosecution's case. We recommend therefore that there be the possibility of full adjudication on the merits before an accused risks detention as unfit.

Postponing unfitness—The possibility of complete adjudication would lessen the chance of detaining as unfit an accused who would not be convicted on the merits. It would also discourage using the fitness hearing as a disposition of the trial or as a means of avoiding the defence of insanity. Some say, however, that postponement violates the fitness rule because it allows us to "try" an accused who may be "unfit to stand trial". But this is not a trial in the true sense; we must draw a distinction between "trying the accused" and "adjudication" in the way we use it here.

The purpose of the unfitness exemption is to protect the accused from the consequences of trial, that is to say, conviction and punishment, rather than the adjudication of the merits. Where adjudication is divorced from conviction and sentence, it become compatible with both the purpose of the fitness rule and the right of the accused to make full answer and defence. Even under the present law we permit an unfit accused to be "tried" up to the end of the case for the prosecution. But this is adjudication of a very special kind, where the only possible consequences are acquittal or a finding of unfitness—never a conviction.

When should the merits be considered?—There are two alternatives. The merits may be tried either before or after resolution of the fitness issue. In England and Canada postponement provisions permit some consideration of the charge before fitness is determined. Some American states, on the other hand, have adopted a post-unfitness hearing. After considering both possibilities we recommend that the merits be tried before resolution of the fitness issue.

Postponing the fitness hearing has the advantage of not interrupting the trial if fitness is raised. If the accused is acquitted he would not first have been committed as unfit and no fitness hearing is necessary.

Postponing the issue also avoids the danger inherent in a post-unfitness hearing that the hearing would be treated more lightly than a regular trial because the accused has already been found unfit. Trial of an unfit accused should be the same as for any other accused, except for the ultimate consideration of fitness if the

accused is not acquitted. We recommend, therefore, that adjudication on the merits precede consideration of the accused's fitness as fully as is consistent with the protection of the rights of the accused. This would include, in appropriate circumstances, that the issue of the accused's fitness be postponed until the end of the trial.

The fitness procedure—In principle, f ess should not be considered if the accused has some defence to offer. Full adjudication on the merits could be assured by giving the trial judge the power to postpone consideration of the fitness of the accused until the very end of the trial. This he would do only after having first postponed the issue of fitness to the end of the case of the prosecution, and only after having heard arguments by defence counsel as to why, in the interests of justice, he should do so. Such a procedure is relatively simple for a trial by judge alone. But because the issue of fitness is currently determined by the finder of fact, postponing fitness to the end of a jury trial is very complex.

The trial judge would have to direct the jury as follows: they should first consider whether the accused should be acquitted on the merits and, if not, whether he is fit to stand trial and, if fit, whether he is guilty.

This could be simplified if the accused's fitness were decided in every case by the judge and if the jury were able to deliver a conditional verdict. The procedure would be as follows: the trial judge would postpone the issue until all the evidence at trial had been heard. He would then direct the jury to consider the guilt or innocence of the accused. If the jury delivers the verdict of not guilty the accused is acquitted and there is no fitness hearing. If the jurors think the accused is guilty of the charge, they would deliver a conditional verdict that on the evidence presented to them they are unable to acquit the accused. The verdict is conditional in the sense that it is a verdict of guilty if the accused is fit. The judge would then dismiss the jury and a hearing on the accused's fitness would be held. If the accused is found fit the conditional verdict is made absolute and the judge would sentence the accused. If unfit, the judge would set aside the verdict and the trial

proceedings and make an order for the disposition of the unfit accused.

The above procedure is put forward as one possible way of implementing our recommendation. Criticism will probably focus on its workability and another, more simple procedure may be found. Unassailable, however, is the principle that full adjudication on the merits be possible before the accused risks the consequences of being found unfit.

(vi) *Disposition of the unfit accused*

Most of us would rather be found guilty than unfit because the consequences of unfitness are less predictable and potentially more restrictive. If guilty our sort is known and our sentence specific. If unfit, we would be certain of very little beyond the inevitability of detention in a mental hospital. This, even if our crime (which has never been tested in court) would ordinarily result in no imprisonment or imprisonment for a short period, even if our condition is one that would be better treated outside an institution. We would be involuntarily held in a mental hospital where, by law, we would be treated differently from the other patients with fewer rights and fewer therapeutic options. There we would remain indefinitely at "the pleasure" of the lieutenant governor without the possibility of judicial review of our detention. Given these potential consequences, it is not surprising that most accused and their counsel would rather risk conviction than unfitness.

We feel the automatic detention of unfit accused under lieutenant governor's warrants in psychiatric facilities for indeterminate periods is unjustified. If the purpose of disposition of unfit accused is to facilitate recovery and allow them to return to trial with a minimum of delay, then commitment to a psychiatric facility with its resultant deprivation of liberty is only justified for two reasons.

From a therapeutic point of view it may be justified if the treatment available within the institution is more likely to help the accused become fit and if no similar treatment not involving the detention of the accused is available. Commitment may also be justified where the charge is one

for which bail would not be ordinarily granted. But where committal will not therapeutically benefit the accused, the accused is not sufficiently mentally disordered to be committed by civil criteria and when the offence charged is one for which bail would normally be granted, society and the accused would be best served if the disposition did not involve detention. We therefore recommend that a finding of unfitness not always lead to detention and that there be a range of dispositional alternatives, some involving little or no deprivation of individual freedom. We also recommend that it be required that the least intrusive form of disposition be used unless there are compelling reasons for doing otherwise.

Presently, the disposition of unfit accused—a federal power—has been delegated to the lieutenant governor of the provinces. We recommend that this power no longer be delegated and that it be exercised by the trial judge. No one is in a better position to do so. He either has or may obtain a full medical report, psychiatric testimony and may draw upon his own experience with the accused at trial. As well, an unfit accused could have his treatment or detention reviewed in an open, reviewable judicial hearing rather than being subject to a non-reviewable executive decision as is presently the case.

If it is thought necessary that an accused be detained in an institution, such detention should never, never, be indeterminate. Because the detention is for therapeutic reasons, its length should be determined by the prospects of recovery. Psychiatrists tell us that in the vast majority of cases an accused who is not fit to stand trial within two years is unlikely to ever regain fitness. If the accused's committal is being justified on the basis of preventive detention, when the length of time spent in the institution is equal to the usual period of imprisonment served by offenders convicted of the crime for which he was charged, he should be released and the criminal charge dropped. If further psychiatric treatment is deemed necessary it should be justified on the basis of the accused's mental illness, not by the existence of the criminal charge. If he is sufficiently mentally disordered to be committed

pursuant to civil standards, his detention may be continued through certification under the appropriate provincial legislation.

VI. Mental Disorder after Trial

Trial normally results in conviction or acquittal. If acquitted the accused is free to go and the criminal law has not further interest in him or his mental health. But if convicted, the offender's mental health may be taken into account. Certainly not if he is absolutely discharged or merely fined, but if he is discharged conditionally, released on probation or imprisoned, his mental health may be considered.

A. The Principles of Sentencing and Mental Disorder

How a person's mental disorder should be considered when he is imprisoned or on probation depends on the view taken of sentencing and disposition. Our view is set out in our third Working Paper, *The Principles of Sentencing and Dispositions*. We must here consider the implications of that paper for mental disorder in sentencing.

If, as we said in our Working Paper, *The Meaning of Guilt*, criminal law has to do with bringing offenders to justice, then sanctioning offenders has to do with righting of wrongs and protecting basic values as an expression of

that justice. The role of sentencing is an educative one. It makes clear the responsibility of the offender for the injury caused the victim and reaffirms the importance of the values infringed. Sentencing must try to ensure that: "(1) the innocent are not harmed, (2) dispositions are not degrading, cruel or inhumane, (3) dispositions and sentences are proportional to the offence, (4) similar offences are treated more or less equally, and (5) sentencing and disposition take into account restitution or compensation for the wrong done."

Such a sentencing policy relegates rehabilitation and treatment to a secondary role; the primary concern is the determination of a sentence that is just and fair in the circumstances. Sentences therefore cannot be based on estimates of the length of time required to treat or rehabilitate offenders.

This is not to say that treatment of an offender's mental disorder has no place in sentencing policy; its place though limited is important nonetheless. Treatment within the framework of a just sentence is an obligation of society to the offender, which some feel he may demand as a right. Certainly a humanitarian claim can be made. Although there are serious doubts as to the effectiveness of therapeutic programs in reducing recidivism, to the extent that treatment renders punishment more humane and reduces (however marginally) the likelihood of reoccurrences, it has a place in a just sentence.

This view has two implications for psychiatric treatment of offenders. First, the perceived need for treatment may not affect the length or the form of sentence. Second, treatment administered within the context of the prescribed sentence must be consented to by the offender. In regard to the latter, we must bear in mind that an offender who has reached the sentencing stage has been found both criminally responsible and fit to stand trial. He is considered responsible for his acts and should be entitled to make his own decision whether he wants to avail himself of existing medical support.

B. Mental Disorder and Probation

We feel that psychiatric treatment sometimes is and can properly be a condition of probation. This may include an order to follow a particular treatment program, involving periodic visits to a psychiatric out-patient facility or even part-time residence in an institution which provides some form of psychiatric supervision. For the most part, conditions of probation are unrestricted in the Criminal Code. Although this allows for flexibility and change, it can lead to abuse.

To check such abuse we recommend the same safeguards here as we have for sentencing generally: openness, reviewability, and treatment only with consent. The offender and his counsel should actively seek and suggest the appropriate treatment and try to secure the agreement and cooperation of the treatment personnel. Probation orders with conditions of psychiatric treatment should be made only where: (1) the offender understands the kind of program to be followed, (2) he consents to the program and, (3) the psychiatric or counselling services have agreed to accept the offender for treatment. If the conditions are accepted then breached, the offender may be charged with breach of a condition of probation or be returned to court for re-sentencing. So long as such conditions entail the agreement and cooperation of the offender, they are quite compatible with our suggested sentencing policy.

C. Mental Disorder and Imprisonment

It is perhaps surprising to many persons to learn that an accused may be charged, brought to trial, convicted and sentenced to imprisonment notwithstanding that he is mentally disordered. But this only underlines what was pointed out earlier in this paper—the criminal law is concerned not with mental disorder *per se* but with its legal consequences. If the accused's mental illness does not cause him to be diverted before trial, or render him unfit or criminally irresponsible, he not only may, but should, continue in the process through to its conclusion—acquittal or conviction and sentence.

Frequently, sentencing judges realize that some offenders suffer from mental disorder, but under present law they have no power to order that the term of imprisonment be spent in whole or in part in a psychiatric facility. Judges sometimes do make recommendations for psychiatric treatment hoping that prison authorities will do something as a result. Sometimes such recommendations are followed, often they are not. Although it is theoretically possible for prison authorities to transfer mentally disordered offenders to mental hospitals, in practice such transfers are rare. Because of the sparse facilities for psychiatric treatment in prisons generally, many prisoners suffering from serious mental disorders are detained without the prospect of treatment.

This situation should not be allowed to continue. After thoroughly examining the problem of sentencing mentally disordered offenders to prison and after exploring alternate methods of providing psychiatric treatment to those offenders, we recommend that judges be given the power to order that a term of imprisonment be spent in whole or in part in a psychiatric facility. This sentencing alternative we call a hospital order. A similar approach has been used in England since 1959 and has been recommended previously in Canada by two national research bodies.

(i) *Hospital Orders*

The essence of our proposal is this:

(1) Where a person is convicted of a crime and has been sentenced to a fixed term of imprisonment, the accused or his counsel may raise the question of whether a hospital order would be appropriate.

(2) Before a hospital order may be made, several criteria must be met:

—the offender must be convicted of a criminal offence and have been sentenced to a term of imprisonment;

—the court should, unless extensive psychiatric information is available, remand the offender under the

Criminal Code to a psychiatric institution to determine whether he is suffering from a psychiatric disorder that is susceptible to treatment and whether the institution to which he has been remanded or another institution is able and willing to provide a program of treatment, if any.

(3) After having considered the psychiatric report and the representations of both defence counsel and the prosecution the presiding judge may, with the consent of the accused, and the agreement of the appropriate psychiatric insitution, order that the accused spend part or all of his sentence in a hospital or psychiatric institution.

(4) An offender who has lawfully consented to the hospital order may request that the balance of his sentence be served in the correctional system even if he could still benefit from further treatment in the hospital. He should perhaps also have the right to apply to a review board to be transferred to another hospital if he is not receiving the anticipated treatment.

(5) The hospital administration may discharge the offender back to the correctional system at any time before the expiration of the hospital order. Before such a discharge is made, however, the offender should be informed in writing of the reason for the discharge and have the right to apply to a review board for transfer to another hospital.

(6) An offender sentenced to a hospital order shall be entitled to parole in the same manner as all other offenders. In addition, the hospital authorities may recommend, for psychiatric reasons, that the offender be released on parole rather than returned to prison.

(7) An offender serving his sentence under a hospital order is deemed to be serving his sentence in prison for the purposes of escapes and being at large without lawful excuse. Other rights and privileges such as recreation, visiting, correspondence, or temporary absences will be governed by the rules and regulations of the psychiatric institution and such criteria of fairness and decency as may be provided for in the law.

(8) The judge's decision to impose or not to impose a hospital order may be appealed in the same manner as any other sentence of the court.

(ii) *The need for hospital orders*

Do we really need hospital orders? Could not a prisoner's psychiatric needs be adequately provided for within the prisons or through transfers to outside psychiatric hospitals? At present psychiatric services within prisons generally and transfer procedures are inadequate and ineffective. But even if, as we recommend, psychiatric services and transfers are improved, there would still exist a need for hospital orders. In our view hospital orders will improve the sentencing process and provide needed psychiatric treatment for offenders without first sending them into the correctional system.

(iii) *The need for consent*

The most contentious aspect of our proposal is that the offender must consent to the hospital order. This is in contrast to the position taken in two earlier Canadian studies recommending a similar disposition and is also at odds with present practice in England. Nonetheless, we feel such a requirement is essential. Compulsory treatment conflicts with our previously stated sentencing policy that within the context of a just sentence the offender should not only have access to adequate psychiatric treatment but should also have a right to refuse such treatment. We feel that an offender who has been found responsible for his acts and capable of being tried should also be capable of consenting to or refusing medical treatment. His status as a prisoner should not deprive him of the right to make this decision any more than it does his right to decide whether he will have his tonsils removed or his wisdom teeth pulled.

We realize that there are problems in requiring hospital orders to be made by consent only, especially where the offender's refusal stems directly from his disorder. For example, a person paranoid about doctors and hospitals

would always refuse treatment. Notwithstanding this possibility, we feel that there are other values at stake and that the requirement of consent is too important to waive even in these special cases. Here, it should again be noted that we are dealing with an offender who was fit to stand trial and responsible enough to be sentenced. Is it not only fair that he also be considered fit and responsible enough to make his own choice with regard to treatment? As well, we feel there is great danger in opening the door even slightly to non-consensual treatment. Exceptions might soon become the rule and could result in the imposition of hospital orders in virtually all cases on the basis that an offender who refuses help is obviously irrational and unable to exercise rational choice.

As is often the case in criminal law, this is a question of choosing between competing values. Some feel that society is justified in imposing any treatment on offenders if it will reduce the possibility of further criminality. This is an assumption, however, which is not supported by clinical evidence. Others take the view that the involuntary treatment of offenders is an unwarranted interference with basic individual rights. The position adopted by the Commission is that conviction of a criminal offence may warrant, as a last resort, the deprivation of an offender's liberty, but not deprivation or interference with other basic rights one of which is the right not to be subjected to treatment without consent. Our position is further reinforced by the well-documented failure of many compulsory treatment programs in other jurisdictions.

(iv) *Conclusion on hospital orders*

Hospital orders should improve sentencing policy and practice. It is not, however, to be regarded as a "cure-all" and may, indeed, be restricted to relatively few offenders. There will still exist a need for diversion of the mentally ill at the pre-trial stage, the traditional concept of fitness to stand trial and to consider the effects of mental disorder on criminal irresponsibility. There will also continue to be need for psychiatric services within prisons themselves; this we discuss in the following paragraphs.

D. *Mental Disorder in Prisons*

(i) *Transfers to mental hospitals*

There are currently several statutory provisions authorizing the transfer of mentally disordered prisoners to psychiatric hospitals. But these provisions have been ineffective for years. Examples of inefficiency, neglect and official indifference were first cited in official investigations in 1938, again, in 1956 and, most recently, in 1969. There has been little indication that this situation has significantly improved.

Why is this the case? Although the written law could be improved the real problem here is with practice. In the jurisdictional game between departments and governments the players have lost sight of the objective—the needs of the mentally ill prisoner. It is inexcusable that such inmates are neglected while federal and provincial governments argue over who has responsibility for their custody, care and treatment, and who should foot the bill. The various governments and departments need to sort out their respective jurisdictions and cooperate to provide expeditious and efficient transfer provisions from prisons and penitentiaries to psychiatric facilities. As with hospital orders, such transfers should require the consent of the prisoner and the agreement of the psychiatric facility which is to receive him. Either the prisoners or the hospital may request his return to the correctional system subject, in the case of the hospital, to review by a review board. As well, what was said concerning hospital orders with respect to privileges, remission, parole etc., apply equally here.

(ii) *Section 546 of the Criminal Code*

There is one transfer provision that must go. It is section 546 of the Criminal Code which provides that a prisoner apparently suffering from mental disorder may be transferred to a psychiatric facility under a lieutenant governor's warrant. This section is redundant where there are similar provisions for transfers in the provincial and federal correctional legislation. It is also repugnant because it is of indefinite length and not subject to appeal

or review. We therefore recommend, as has been recommended in other studies, that section 546 be repealed.

(iii) *Psychiatric services within prisons*

There is a need for increased psychiatric services within penitentiaries and provincial correctional facilities. Inadequacies of present services are well-documented elsewhere and need not be rehearsed here. It must be said, however, that there is also recent indication that such services are being considerably up-graded in some areas.

By recommending that present psychiatric services in prisons be improved we acknowledge that society should provide basic psychiatric treatment for those it imprisons. This obligation is part of society's wider obligation to respect basic human rights of all members of the society. It follows that prisoners should not be deprived of health services that would have been available to them had they not been in custody.

VII. Psychiatric Evidence, Reports and Remands

Common to all stages of the criminal process where an accused's mental disorder becomes relevant is the need to call upon psychiatric experts to assess the presence and effect of an accused's mental disorder. Although psychiatric advice is sought for different reasons at each stage, the procedure followed in each is similar. The accused or, after trial, the offender is remanded to a psychiatric expert, usually a psychiatrist who prepares a report and may ultimately be called upon to testify in court. In the following paragraphs we briefly consider the role of psychiatric experts in the criminal process, the form and delivery of medical reports and remands for examination.

A. Psychiatric Experts* and the Criminal Process

Lawyers often criticize psychiatry for lack of precision and psychiatrists as being paid partisans in court. Psychiatrists are often irritated by the arbitrary and diagnostically irrelevant distinctions seemingly sacred to the law and the general indifference of lawyers to the medical needs of a mentally disordered accused. For them the

*Although it is usually psychiatrists who appear in court, our remarks are directed at all professionals working in the field of psychiatry.

adversarial climate of the criminal law is unresponsive to the realistic presentation of psychiatric evaluations and, at times, personally degrading. For these and other reasons, few would describe the relationship between forensic psychiatrists and criminal lawyers in most jurisdictions as one of uninterrupted harmony—it is a difficult relationship.

But as with many difficult relationships the problem is lack of understanding: lack of understanding of psychiatrists' role in the criminal process; lack of understanding of the limitations of psychiatric expertise; lack of understanding of the character—whether legal or medical—of the questions in issue.

First, consider the psychiatrist's role as a witness. He is an expert witness like any other. He did not observe or directly participate in the disputed incident; his evidence is by way of opinion based on special knowledge, training and experience. His role is to *advise* the court on matters outside its own general knowledge and experience.

His advice and guidance is intended to aid judicial decision making, not to cloud or usurp it. This is not always what happens and both judges and psychiatrists must understand that it is not the function of the expert witness—psychiatrist or otherwise—to decide the question in issue. Whether an accused is unfit or criminally irresponsible are decisions to be made by the court.

This is only possible if the issues before the court are reaffirmed as judicial, but with an important psychiatric element. It must be recognized that terms such as "fit to stand trial" and "criminally responsible" are medically meaningless and that it would be unwise to expect or (as is sometimes the case) demand that psychiatrists express their opinions in such legally conclusive terms.

It is also important that the legal profession understand the nature and focus of psychiatric expertise. Diagnosis is not framed in absolute terms; it is always a question of degree. This is because its aim is to ascertain the psychiatric needs of patients, not to define their legal rights and obligations. Rather than forcing psychiatric

evidence into medically meaningless "'yes-no" answers to questions on which psychiatrists are no more expert than anyone else, we should encourage psychiatrists to give evidence on what they know best—the psychiatric state of the accused.

Although we recognize that it will sometimes be necessary for psychiatrists to appear in court, we recommend that whenever possible this be avoided. Increasing demands are being made on already over-taxed psychiatric services and frequent, unnecessary court appearances add significantly to this burden. Complete and understandable psychiatric reports and a provision to allow the deposition of written rather than *viva voce* testimony would greatly reduce the number of courtroom appearances of psychiatrists. As well, exchange of psychiatric information and communication between examining psychiatrists as part of general pre-trial discovery would reduce the possibility of contradictory testimony when psychiatrists do appear in court.

We also recommend that the present adversarial confrontation between psychiatrists be re-examined. Although it is outside the ambit of this paper to consider the role of the expert witness in court, we note that many American states and European countries have adopted a system of court lists from which psychiatrists are randomly chosen. This has greatly reduced the possibility of conflicting psychiatric testimony in court and is the stated preference of most psychiatrists. Others contend, however, that a single psychiatric report may give a false impression of the unaniminity of psychiatric opinion and, although it may prove embarrassing to some, the adversarial confrontation more accurately reflects the present unsettled state of the science.

B. Psychiatric Reports

Basic to effective use of psychiatric expertise is a complete and understandable report. At present, however,

psychiatric reports are the subject of mutual medical, judicial recrimination. Psychiatrists complain that the courts won't tell them what they want, while the judges complain that they don't know what the psychiatrists are trying to say. Both accusations are often justified.

(i) *What do the courts want?*

What do the courts want? Hard to say, by looking at the Code. The Code not only doesn't specify what psychiatric reports should contain, it doesn't even require that a report be made at all. The only directive is that the accused be remanded "for observation". In practice this means that the accused will be sent to a psychiatric facility, be examined and the results of the examination forwarded to the court. But usually nothing is said about the reasons for the examination or the form of the report. The remanded accused just appears at the hospital for evaluation without further explanation. Attempts by psychiatrists in some provinces to obtain more information from the courts has met with very limited success.

So the psychiatrists are obliged to guess. If the remand is made under the Code the logical assumption is that the judge wants help on the issue of fitness to stand trial. But if the patient is obviously fit (as is usually the case) it is likely that the judge really wants to know something else. For example, he may want to know if the examining institution can do anything for this particular accused, in effect, he is asking the institution, "Would you like him back?" Or the judge may want to know if the institution could keep the accused as an involuntary, civil patient, in effect, "Could you keep him?" The psychiatrist tells the judge what he thinks the judge wants. But many judges and lawyers complain that the psychiatrists don't express themselves in ways readily understandable to non-medical persons.

(ii) *What are the psychiatrists trying to say?*

What are the psychiatrists trying to say? Hard to say, by looking at many psychiatric court reports. The reports

are often short, conclusive on the legal issues and lacking in detail.

Semantics are a problem here. "Psychotic", "neurotic", "schizophrenic", "paranoid" and the like don't even have consistent meanings within the medical profession. Not surprising, then, that they are misunderstood and distorted by lawyers and judges. Much of this language problem would be resolved if psychiatric reports were carefully designed to require psychiatrists to define their terms and explain the effect of mental disorder on the accused's personality and behaviour in a way that could be understood by an intelligent lay-person.

There are, then, two basic requirements for all psychiatric reports. The judge must decide what information he needs and then clearly communicate this to the psychiatrist. The psychiatrist must then communicate his professional knowledge to the judge in a complete and understandable report.

We therefore recommend:

(1) that the Criminal Code should specifically state that psychiatric remands are for the purpose of preparing a psychiatric report.

(2) that the form and content of the report be designed to encourage the understandable presentation of psychiatric evidence. It should also discourage psychiatrists from testifying in legally conclusive terms.

All psychiatric reports, however, will not be the same. Different issues arise and are decided at different stages of the criminal process. It follows that the form and content of the report will vary. Indeed, there are some kinds of information that should *not* be communicated to the judge before guilt or innocence is established.

Examination before trial—An accused suspected of a mental disorder should be examined as early as possible to provide information to both the defence and the prosecution as to how that particular case should be handled. The

relevant issues before trial are the accused's fitness to stand trial and the possibility of diversion from the criminal process. Pre-trial reports should focus on these two issues and not contain information potentially prejudicial to the accused. For example, there should be no reference to the psychiatric likelihood of the accused committing an offence similar to that charged. This and other kinds of information could create the risk of convicting the accused for what he might do rather than for what he actually did.

Examination at Trial—At trial the relevant issues are fitness to stand trial and criminal responsibility. If fitness is the issue then that should be the only question to be considered by the report. The report on criminal responsibility should also be designed to limit the psychiatric evidence to that specific issue. When both issues are raised, they could be considered in the same report.

Examination after Trial—Examination after trial would only be ordered where the accused has been convicted and sentenced to a term of imprisonment. The purpose of the report would be to provide the judge with psychiatric information that is helpful in deciding whether a hospital order is appropriate. It would be comprehensive, considering the severity of the mental disorder, the possibility of treatment, the time required and whether the examining institution would receive the offender back as a patient or if they would recommend some other institution.

Generally, the Code should clearly indicate when psychiatric reports are to be prepared, why they are to be prepared and to whom the should be sent. The preparation of detailed report forms, however, should be worked out and continually reviewed by psychiatrist, lawyers and judges in various communities and jurisdictions. This would allow the adjustment of reports to changing scientific developments and local court and psychiatric facilities. It would also foster communication and understanding between psychiatry and the law. It would also be helpful if model report forms and check lists could be developed by either the Ministry of the Solicitor General or the Ministry of Justice in consultation with the provinces.

C. Remands for Examination

Remands are used to get the accused from the court to the psychiatrist for examination. Present law provides for remands of up to 30 or 60 days. But these provisions are used in only a fraction of the psychiatric examinations which occur. Most "remands" are made following provincial procedures or procedures developed through custom in a particular jurisdiction. Some provincial lock-ups, for example, have consultant psychiatrists who examine persons suspected of having mental disorders. This is usually done without any Code remand being made. In 1972, for example, there were more of these informal assessments in one Ontario jail than the total number of formal remands made under the Code for the entire province. There are also a large number of remands made under provincial mental health legislation, sometimes simultaneously with a Code remand. Discussions with psychiatrists and court officials reveal the following problems.

(1) Although the mentally ill usually manifest the symptoms of their illness at the early stages of the criminal process, the Code provides for no remand before the preliminary hearing.

(2) No attempt is made to tailor existing remand provisions to their purpose or to communicate the purpose to the examining psychiatrist.

(3) The present remand system doesn't take into account the different kinds of information and expertise required for the various legal issues to be decided.

(4) Although the Code now provides for flexibility as to the length of remands (up to 60 days) most remands are for the maximum periods and there is no provision for non-custodial examination.

When the need for psychiatric examination flows from an individual's involvement in the criminal process, it is important that the remand for such examination be made under provisions of the Criminal Code. Informal and provincial remands may have the effect of depriving the accused of the safeguards provided for by the Code. But

this will only be possible if the Code's remand provisions are dramatically improved.

There must be flexibility in the remand system with a choice of remands appropriate for the different legal questions in issue. For example, psychiatrist tell us that of all the various things courts ask them to do, unfitness is the easiest and quickest to assess. Some authors have even suggested that lay assessment would suffice in most instances. This being the case, the remand for an examination to determine fitness should be short. Also because unfitness does not entail dangerousness, the examination should be made with no more restriction on the accused's freedom than if no examination were required. That is to say, if the accused would ordinarily be released pending trial, the examination should be on an out-patient basis. If, however, the accused is awaiting trial in custody, the examination could also be made in custody, either in the correctional facility or the psychiatric hospital.

As a general principle, examinations before or during trial should not entail detention in a mental hospital. The customary 30 or 60 day commitment for examination may have unnecessarily detrimental effects on the accused. Quite apart from the social stigma and personal trauma involved in being involuntarily detained in a mental institution, the accused may also face separation from family and friends and loss of employment. Often the examination is no more intensive, takes no more time, and is no more useful than if it was done with the accused as an out-patient. If detention is felt necessary as preventive measure or for therapeutic reasons, it must be justified by the person or authority alleging its necessity. Otherwise, the last intrusive remand should be used.

This, however, does not apply to post-trial examination for the purposes of hospital orders. At that time detention of the offender is inevitable and the examination would usually require observation for longer period of time within an institution. This allows the staff of the institution to fully consider possible therapy programs, the degree to which the offender could benefit, and whether they would accept him as a patient. It also allows the offender to become familiar with the institution and help

him decide if he would rather spend his sentence there than in prison. As was indicated in the earlier section on hospital orders, the decision to enter therapy is his and the hospital's.

We therefore recommend:

—that remands of accused or offenders suspected of being mentally disordered be made under the Criminal Code

—that the Criminal Code provide for a variety of remand possibilities, some involving no or minimum detention

—that the remand ordered be specifically linked to the nature of the psychiatric expertise sought and that this be clearly communicated to the psychiatrist

—that wherever possible all pre-trial and trial remands no involve deprivation of the accused's freedom. Where detention is thought necessary, it must be justified by the person alleging its necessity.

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 14

processus pénal
et
désordre mental

1975

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1976

En vente par la poste:

Imprimerie et Édition
Approvisionnements et Services Canada,
Ottawa, Canada K1A 0S9

et dans les Librairies du gouvernement du Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTRÉAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville

ou chez votre libraire.

N° de catalogue J32-1-14-1975 Prix: Canada: $2.50
Autres pays: $3.00

Prix sujet à changement sans avis préalable

Ottawa 1975
Réimprimé 1976

Avis

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honorable E. Patrick Hartt, président

Honorable Antonio Lamer, vice-président

Dr J. W. Mohr, commissaire

Dr Gérard V. La Forest, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Phil., LL.B.

Conseiller

Tanner Elton, B.A., LL.B., LL.M.

Attachés de recherche

Jacques Fortin, B.A., LL.L., LL.D.

Bernard Grenier, B.A., LL.L.

R. E. Turner, M.D., F.R.C.P. (C)

Gerald A. Ferguson, B.A., LL.B., LL.M.

Table des matières

	Page
Remerciements	1
Avant-propos	3
I. A la croisée des chemins	5
A. Le processus pénal	7
B. Le désordre mental dans le processus pénal	8
II. Comment situer le problème	11
A. Une question d'approche	12
B. Une question de langage	13
C. Une question d'attitude	14
D. Une question de politique	15
III. Comment résoudre le problème	17
A. Un langage clair	17
B. L'importance des attitudes	18
(i) La dangerosité de l'aliéné	18
(ii) Le danger de la dangerosité	19
C. Les politiques à l'égard de l'anormal mental en droit pénal	21
D. Notre approche	23
IV. Le désordre mental avant le procès	25
A. La déjudiciarisation du malade mental	25

B. Le tamisage par la police du malade mental . 26

C. La déjudiciarisation par la poursuite du malade mental 28

D. Une mise en garde 29

V. Le désordre mental lors du procès 31

A. La responsabilité 31

B. L'aptitude à subir le procès 34

(i) La nécessité de la règle de l'aptitude ... 34

(ii) Le fondement de la règle de l'aptitude .. 36

(iii) La portée de la règle de l'aptitude 37

(iv) Les critères de l'inaptitude 39

(v) L'inéquité de l'inaptitude—le litige au fond 40

(vi) Les mesures adoptées envers le prévenu inapte 43

VI. Le désordre mental après le procès 47

A. Les principes de la détermination de la peine et le désordre mental 47

B. Le désordre mental et la probation 49

C. Le désordre mental et l'emprisonnement 50

(i) L'ordonnance d'hospitalisation 51

(ii) La nécessité de l'ordonnance d'hospitalisation 53

(iii) La nécessité du consentement 53

(iv) Conclusion 55

D. Le désordre mental en milieu carcéral 55

(i) Les transferts vers les institutions psychiatriques 55

(ii) L'article 546 du Code criminel 56

(iii) Les services psychiatriques en milieu carcéral 56

VII. La preuve psychiatrique, les rapports et les renvois 59

A. L'expert en psychiatrie et le processus pénal 59

B. Le rapport psychiatrique 62

(i) Que veulent les tribunaux? 62

(ii) Qu'essaient de dire les psychiatres? 63

C. Les renvois pour fin d'observation 66

Remerciements

Au cours de la préparation et de la rédaction des documents de travail de la Commission, nous nous efforçons toujours de consulter des individus, associations et professionnels intéressés. Tous les commentaires et critiques que nous recevons sont grandement appréciés.

Nous sommes particulièrement redevables, dans la préparation de ce document, aux nombreux psychiatres légaux, lesquels, dès le début, nous ont volontiers fourni des renseignements, des conseils ainsi que des critiques constructives. Bien qu'il soit possible qu'un certain nombre de psychiatres ne se disent pas en accord avec le document dans son ensemble, leur contribution commune fut à la fois utile et importante.

Avant-propos

Ce document de travail est le quatorzième que publie la Commission, et le neuvième qui porte sur le droit pénal. Il aborde un grand nombre de problèmes posés par le désordre mental dans le processus pénal, problèmes qui sont importants mais sont souvent négligés. Bien que ce document puisse être considéré comme une entité distincte, il s'inscrit dans la lignée des travaux précédents de la Commission.

Pour des raisons sur lesquelles nous reviendrons plus loin, ce document de travail ne traitera pas du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale. Cette question importante et complexe fera l'objet d'études ultérieures, placées dans le contexte plus large et mieux approprié de la responsabilité pénale. Nous avons cru également que, vu la place traditionnelle que cette question occupe dans la théorie du droit pénal, un examen approfondi du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale nous aurait distraits des nombreux autres problèmes importants et trop souvent oubliés que soulève le désordre mental dans le processus pénal.

Certains chapitres retiendront l'attention du lecteur plus que d'autres. Nous lui suggérons cependant d'aborder cette étude dans une perspective aussi vaste que nous l'avons fait. De cette façon, la compréhension des multiples aspects du désordre mental qui jalonnent les diverses étapes du processus pénal, n'en sera que meilleure.

Ce document de travail sera suivi d'un volume de soutien où seront étudiées plus en profondeur un certain nombre de questions soulevées par le présent document.

I. A la croisée des chemins

«Fou» et «Criminel»: deux mots qui font frémir. Personne ne veut devenir fou, mais certains d'entre nous le sont déjà et d'autres le deviendront: un Canadien sur huit sera interné dans un établissement psychiatrique; un sur six sera atteint d'une maladie mentale grave. En 1974, il y avait chaque jour environ 60,000 Canadiens qui étaient hospitalisés pour des troubles mentaux, et un nombre beaucoup plus considérable qui suivaient des traitements psychiatriques dans des cliniques externes.

On peut en dire autant du mot «criminel», ce mot dont nous nous servons pour décrire les autres mais que nous refusons de nous attribuer. Et pourtant il y a en moyenne, au Canada, environ 20,000 personnes derrière les barreaux. Mais ce n'est là que la partie émergée de la banquise, car une condamnation n'entraîne pas nécessairement une peine d'emprisonnement. De plus, seulement une infraction sur trois aboutissant devant les tribunaux a donné lieu à un verdict de culpabilité, et pour chaque acte criminel dénoncé à la justice, il y en a deux qui échappent à toute détection. Enfin, il ne faut pas passer sous silence le nombre considérable de condamnations pour des infractions de moindre gravité; ainsi, en 1974, ces condamnations se sont chiffrées à environ un million et demi. En réalité, le terme «criminel» offre une meilleure description de «nous» que «des autres». Il ne faut donc pas s'étonner que les Canadiens placent la criminalité et le désordre mental au premier rang des problèmes sociaux.

Notre inquiétude est pleinement justifiée, car le désordre mental et la criminalité imposent un lourd tribut à

la société. Ainsi le maintien de l'administration du système de santé mentale a coûté l'an dernier plus d'un milliard de dollars. Ce coût est infime si on le compare aux souffrances et à la perte irrécupérable en ressources humaines que le désordre mental entraîne dans son sillage.

Le crime a lui aussi un prix. Celui-ci découle tant des souffrances subies par la victime et de la crainte éprouvée par la société, que du châtiment imposé au délinquant et de la perte de liberté qui nous affecte tous. Il convient de rappeler qu'il y a également un prix proprement économique; l'an dernier, l'administration de la justice pénale a coûté plus d'un milliard cinq cents millions de dollars.

Voilà donc deux mots troublants, deux problèmes onéreux et deux systèmes gigantesques. Or ce document de travail traite de la façon dont ceux-ci se rejoignent. Il se rapporte à des gens comme Pierre qui, atteint d'hallucination démentielle, a tué un de ses amis qu'il croyait en train de monter sa famille contre lui; comme Edna, une néo-canadienne peu versée dans la langue du pays qui, au cours d'une altercation avec un voisin, l'aspergea avec le tuyau d'arrosage et fut par la suite placée en observation dans une clinique psychiatrique; comme Jean, un adolescent de 17 ans, dont le procès pour voies de fait sur la personne de son instructeur d'atelier fut ajourné parce qu'on l'a trouvé inapte à subir son procès; comme Louis, un prisonnier dans un pénitencier fédéral, qui souffrait d'une profonde dépression et qui tenta de se suicider; comme Suzanne que les policiers conduisirent à l'urgence de l'hôpital voisin après qu'ils l'eurent trouvée se promenant nue aux petites heures du matin dans les rues du quartier résidentiel chic où elle habitait; comme Jules qui, trouvé coupable de vol à main armée, n'en a pas moins été envoyé dans un établissement psychiatrique et non en prison, à cause d'un dossier faisant état de maladie mentale.

Ces incidents véridiques, abstraction faite des prénoms, ont deux traits en commun: chacun se situe à l'un des nombreux carrefours du système pénal et du système de santé mentale, et chacun incarne deux des préoccupations sociales les plus importantes. Ce document considère

les problèmes de ceux qui, à l'instar de Pierre, Edna, Jean, Louis, Suzanne et Jules, sont à la croisée de ces chemins. Il traite du sort réservé aux personnes atteintes de désordre mental par le système de justice pénale.

A. Le processus pénal

Le traitement que le processus pénal devrait réserver aux personnes atteintes de désordre mental dépend en grande partie de la perception que nous avons du processus lui-même et des objectifs que nous lui assignons. Un examen attentif des nombreuses facettes qui le composent, nous a amenés, dans les documents de travail antérieurs, à conclure que le droit pénal, fondement de processus pénal, avait une finalité double. Il constitue un instrument de protection contre le préjudice découlant de certaines conduites, mais il assume aussi un rôle plus important, celui de promouvoir et d'étayer les valeurs fondamentales de la société. Pour y parvenir, il cherche à éduquer, et surtout à opposer une nécessaire réaction à l'atteinte portée aux valeurs essentielles comme la protection de l'intégrité de la personne, l'honnêteté et la protection des biens. Une telle conception considère l'individu comme un être responsable doté de droits et d'obligations qui peut choisir de faire le mal et d'en subir les conséquences.* S'il choisit d'enfreindre la loi, i.e. de violer une valeur sociale, le délinquant est susceptible d'être tenu de rendre compte de ses actes en public devant des représentants de la société.

C'est par le biais du procès criminel que le présumé délinquant est condamné ou acquitté et que les valeurs mises en péril sont soulignées avec force.** La procédure qui le régit est de type accusatoire; elle consiste en un débat entre la société et le prévenu qu'est appelé à trancher un juge impartial. La présence et la participation du prévenu sont primordiales; non seulement celui-ci est-il

* Voir *La notion de blâme* et *Les confins du droit pénal*, Commission de réforme du droit du Canada.

** Voir *La déjudiciarisation* et *Les confins du droit pénal*, Commission de réforme du droit du Canada.

l'objet du litige, mais il joue également un rôle actif. C'est lui qui répond à l'accusation, retient les services d'un avocat ou le renvoie, et subit les conséquences advenant le cas où il est condamné.

Le verdict de culpabilité mène à l'étape finale du processus pénal, soit le prononcé de la peine.*** A notre avis, la dignité et le bien-être de l'individu, qu'il s'agisse du délinquant ou de la victime, devraient constituer des valeurs primordiales dans la détermination de la peine. Celle-ci devrait être humaine et proportionnelle à l'infraction, et elle devrait traiter les affaires semblables de la même façon. On devrait également prendre en considération la nécessité de réconcilier le délinquant avec la victime et la société par le biais du dédommagement et de l'indemnisation.

Le principe de modération est sous-jacent à tout le processus pénal. Du fait que le droit pénal comporte les formes d'intervention les plus destructrices et les plus lourdes de conséquence pour l'individu, on devrait y recourir avec prudence, en reconnaissant pleinement ses limites morales et pratiques. La société ne devrait y faire appel que dans les cas où l'emploi de méthodes moins rigoureuses s'est avéré un échec.****

B. Le désordre mental dans le processus pénal

Étant donné cette conception qui sous-tend le processus pénal, dans quelles circonstances devrait-on prendre en considération la maladie mentale? La réponse qui vient le plus naturellement à l'esprit est la suivante: chaque fois qu'elle a quelque pertinence; et elle devient pertinente chaque fois qu'elle porte atteinte à un principe fondamental du processus pénal. En premier lieu, qu'est-ce que la maladie mentale?

*** Voir *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence* et *Le dédommagement et l'indemnisation*, Commission de réforme du droit du Canada.

**** Voir *La déjudiciarisation* et *Les confins du droit pénal*, Commission de réforme du droit du Canada.

Étant donné qu'il s'agit là d'une catégorie médicale, c'est à juste titre, que nous laissons aux médecins le soin de la définir. Il importe peu que nous soyons d'avis que l'individu sain d'esprit est un aliéné qui s'ignore, ou que nous sommes tous fous, mais à des degrés divers, ou que la maladie mentale n'est qu'un mythe. En outre, le droit pénal n'a pas à choisir entre les différentes tendances de la psychiatrie ou entre les diverses catégories élaborées par celle-ci. Il incombe à la profession médicale de faire ces choix dans l'optique médicale qui lui est propre, soit l'optique thérapeutique aux malades. Ce n'est pas tant le désordre mental que ses effets qui nous préoccupent dans le processus pénal. Le droit ne s'intéresse pas tant à la nature de la maladie mentale, qu'à ses répercussions. Quels sont donc les effets de la maladie mentale qu'il faudrait prendre en considération dans le processus pénal?

En premier lieu, le désordre mental peut influer sur le principe de *modération* dans le recours du droit pénal. Ainsi l'état mental du prévenu pourrait influencer la décision de faire appel au droit pénal ou de s'en abstenir. Au début et au cours du procès, l'existence d'un trouble mental peut battre en brèche le principe voulant que les parties au procès criminel soient *conscientes* et capables d'y *participer*. Par exemple, lorsque le prévenu est atteint d'un désordre mental à un point tel qu'il n'est pas capable de comprendre la signification personnelle des procédures ou de conduire sa défense, la question se pose de savoir s'il doit subir son procès. Le désordre mental peut aussi porter atteinte au principe de la responsabilité pénale dont découle la présomption voulant que l'individu soit en mesure d'exercer un contrôle sur sa conduite et d'être tenu responsable de ses actes. Pour l'individu que le désordre mental afflige à un point tel qu'il n'est pas capable de comprendre les conséquences de ses actes ou d'exercer un minimum rationnel de contrôle sur ce qu'il fait, la question se pose également de savoir s'il devrait se voir imputer la responsabilité de son comportement. Après une condamnation, la présence d'un trouble mental peut influencer le principe voulant que la peine soit humaine et juste. Une peine qui prive le délinquant atteint de désordre mental des services psychiatriques essentiels auxquels il aurait accès autrement, serait à la fois inhumaine et injuste.

Voilà donc divers moments du processus pénal où il faut prendre le désordre mental en considération: premièrement, est-il opportun d'avoir recours au droit pénal? Deuxièmement, le prévenu est-il conscient de ce qui se passe et capable de participer à son procès? Troisièmement, le prévenu peut-il être tenu pénalement responsable de ses actes? Quatrièmement, devrait-on tenir compte du désordre mental lors du prononcé de la peine? Chacune de ces questions sera abordée dans les chapitres intitulés: la déjudiciarisation du malade mental; l'aptitude à subir le procès; le désordre mental lors du procès et les principes du sentencing et le désordre mental. Cependant, avant d'en arriver là, il convient d'examiner un certain nombre de questions préliminaires fort importantes.

II. Comment situer le problème

La plupart des auteurs reconnaissent que le désordre mental influe sur le tamisage des délinquants avant le procès. Ils sont aussi d'accord pour dire que l'aptitude à subir le procès et la façon dont le désordre mental affecte la responsabilité sont des questions distinctes, invoquées pour des raisons différentes, traitées par des procédures différentes et entraînant des résultats différents. Ils reconnaissent également que le désordre mental peut avoir quelque influence sur le prononcé de la peine.

Autant le principe est clair, autant la pratique ne l'est pas. La déjudiciarisation du malade mental préalable au procès se fait de façon sporadique et tout à fait informelle. L'aptitude à subir le procès et l'aliénation mentale ont parfois été confondues dans la jurisprudence et les rapports psychiatriques, évitées lorsqu'elles auraient dû être soulevées, et soulevées lorsqu'elles auraient dû être évitées. Les procédures accessoires, telles les renvois prescrits par le Code criminel, ne s'identifient pas aux buts visés par les examens psychiatriques, et elles servent à des fins auxquelles elles n'ont jamais été destinées. Il en résulte une certaine ambiguïté du langage juridique. «L'ajournement» peut signifier la détention pour une période indéterminée ou une mesure à caractère définitif, et «l'acquittement» pour cause d'aliénation mentale, l'emprisonnement à perpétuité. Toutes les procédures semblent utilisées alternativement pour obtenir le même résul-

tat: l'internement pour une période indéterminée du délinquant atteint de désordre mental.

Pourquoi devrait-il régner une telle confusion dans la pratique lorsque la théorie est censée être limpide? Pour plusieurs raisons. On peut attribuer cette situation en partie à notre approche traditionnelle à l'égard du désordre mental et du droit pénal, en partie à l'état actuel du droit écrit, en partie à nos attitudes et en partie à l'absence d'une politique sociale claire envers le malade mental.

A. Une question d'approche

Examinons d'abord notre approche envers la question. Traditionnellement, le désordre mental dans le processus pénal n'était perçu qu'en fonction de deux concepts: l'aptitude à subir le procès et le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale. Ces concepts étaient eux-mêmes isolés l'un de l'autre, et on avait tendance à les traiter séparément. Il n'est donc pas surprenant que la littérature se soit surtout intéressée soit à l'aptitude à subir le procès, soit au plaidoyer d'aliénation mentale, à l'exclusion de tous les autres problèmes soulevés par le désordre mental en droit pénal. C'est également la démarche que nous adopterons jusqu'à un certain point. Ainsi nous traiterons séparément de l'aptitude à subir le procès dans un chapitre du présent document, et des rapports entre le désordre mental et la responsabilité pénale dans un document de travail autonome. Cette division s'explique par le fait qu'il existe des problèmes propres soit à l'aptitude à subir le procès, soit à la responsabilité pénale. En examinant séparément chaque question, nous pourrons ainsi nous concentrer sur les aspects importants de chacun de ces sujets. Cette approche offre donc des avantages.

Mais elle comporte également des risques. La somme d'énergie considérable consacrée à l'étude du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale et de l'inaptitude, plutôt qu'à l'ensemble des problèmes soulevés par le désordre mental en droit pénal, a eu des conséquences malencontreuses. Le nombre de ces études paraît plus impressionnant que leur qualité, et dans une certaine

mesure elles n'ont fait qu'embrouiller davantage des questions déjà fort complexes. Il découle de cette approche une conséquence encore plus tragique dans la mesure où celle-ci masque le fait que le désordre mental pose au droit pénal beaucoup d'autres problèmes que ceux de savoir si le prévenu sera exonéré de tout blâme ou exclu des rigueurs du procès. Il faut donc se rendre compte à quel point la pratique a compromis de belles distinctions théoriques, à quel point le droit écrit ne les reflète pas, allant même parfois jusqu'à les contredire, et à quel point les juges, avocats et psychiatres comprennent mal, administrent mal ou ne tiennent tout bonnement pas compte de ces différentes notions et procédures.

En considérant chacun de ces concepts comme s'il était auto-suffisant, on risque de passer à côté ou tout au moins de ne pas traiter directement de questions qui sont vitales pour les personnes atteintes de désordre mental aux prises avec le processus pénal. Ce faisant, on oublie la forêt au profit de l'arbre. En d'autres termes, le fait de concentrer son attention sur les diverses parties empêche l'élaboration d'une politique globale. Cette approche parcellaire ne fait qu'accentuer d'autres problèmes importants.

B. Une question de langage

Au mieux, l'application de la loi ne se confine pas aux objectifs qui lui sont attribués. Autrement, une description de son contenu indiquerait également ce qu'elle accomplit. Toutefois, il en est rarement ainsi; il y a habituellement certaines différences entre l'intention sous-jacente à une loi et les résultats obtenus. Cette divergence entre la théorie et la pratique est non seulement probable, mais inévitable lorsque le texte de loi est imprécis et incomplet. Si la confusion qui a entouré la construction de la Tour de Babel provenait de ce qu'on utilisait plusieurs termes pour décrire la même chose, dans le cas qui nous occupe, l'équivoque découle du moins en partie de ce qu'on utilise la même expression pour décrire des choses différentes. Cette expression, c'est «l'aliénation mentale».

On retrouve le terme aliénation mentale ou aliéné dans douze articles du Code criminel, avec au moins quatre acceptions différentes. Dans un article, il fait clairement allusion à l'irresponsabilité pénale attribuable au désordre mental. Dans un autre, le mot décrit une condition psychologique tout à fait différente, celle du prévenu inapte à subir son procès. Dans d'autres articles, ce terme semble se rapporter à toute forme de déséquilibre mental important. C'est avec la même imprécision que la plupart des gens, y compris les avocats, les juges et les médecins, se servent du terme «aliénation mentale» pour décrire généralement tout état psychotique. Un vocabulaire équivoque compromet la compréhension même dans les cas où la politique sociale est claire.

C. Une question d'attitude

Or la politique sociale n'est pas claire; cela est dû en partie aux attitudes que nous adoptons envers la maladie mentale et les personnes souffrant de troubles mentaux.

D'une certaine façon, notre réaction envers la folie en est une de crainte. Il faut dire que d'autres types de maladies nous effraient; on n'a qu'à penser au cancer. Il y a toutefois une différence de degré. L'ablation d'un organe, la perte d'un membre, le temps perdu pendant une longue maladie et même la mort à la suite d'une maladie sont des tragédies personnelles que l'on peut comprendre et accepter avec dignité. Mais s'il est vrai que le cerveau est la citadelle de l'âme, perdre l'esprit, c'est se perdre soi-même. Nous devenons, pour citer Euripide, «un corps aussi vide d'esprit que la statue de marbre sur la place publique». Il n'est donc pas surprenant que la maladie mentale nous effraie et que cette crainte se traduise en une aversion envers le malade mental. Même si des recherches récentes nous portent à croire que l'attitude du public devient plus éclairée, il n'en demeure pas moins que le malade mental est encore stigmatisé. Ce stigmate s'avère encore plus prononcé si le désordre mental s'est associé à la criminalité. Une personne qui porte les deux étiquettes «méchant» et «dément» est deux fois damnée. On la

perçoit comme un être particulièrement dangereux, dont l'état nécessite encore davantage de mesures privatives de liberté que le simple malade mental ou le simple criminel.

Cette crainte généralisée à l'égard du criminel dément rend acceptable la détention prolongée du prévenu souffrant de désordre mental dans des circonstances où un individu censément sain d'esprit serait l'objet de sanctions moins sévères ou bénéficierait d'une libération immédiate. Ces attitudes se reflètent dans l'élément de détention préventive inhérent aux dispositions du Code criminel relatives aux renvois et aux mesures adoptées envers le délinquant anormal mental. Elles se reflètent également dans le choix des procédures effectué par ceux qui ont à faire au malade mental au sein du processus pénal. Comment expliquer autrement la préférence pour ces inévitables renvois à des fins «d'observation» dans des institutions spécialisées, au lieu du recours à l'examen en clinique externe? Comment expliquer l'émission de ces mandats qui mettent l'accent sur la détention «en lieu sûr» au lieu d'insister sur le traitement de l'accusé trouvé inapte à subir son procès ou déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale?

La pratique actuelle traduit une autre attitude selon laquelle c'est pour le bien du prévenu anormal mental qu'on l'envoie pour une période de temps prolongée dans un établissement psychiatrique. On semble convaincu «qu'il se portera mieux» que s'il était relâché ou incarcéré.

D. Une question de politique

La dernière raison, et peut-être la raison-clé de la confusion actuelle, découle de ce que le droit pénal ne reconnaît pas les problèmes pratiques étrangers aux concepts traditionnels d'aptitude et d'aliénation mentale et n'offre à leur égard aucune solution.

Le travail quotidien des policiers et la réalité du travail des juges, procureurs de la Couronne et avocats, dépassent souvent les questions purement juridiques comme celle de savoir si un prévenu est apte à subir son

procès ou pénalement responsable. Pour eux, l'accusé atteint de désordre mental soulève une foule de questions accessoires n'ayant aucun rapport avec les procédures prévues au code. Voici quelques-unes de ces questions: le prévenu a-t-il besoin d'un traitement immédiat? Les services psychiatriques régionaux peuvent-ils lui faire une place? Quelles sont les possibilités d'une remise en liberté hâtive pour des raisons psychiatriques? Quel est le résultat probable du procès s'il a lieu? Quelle est la gravité de l'infraction reprochée au prévenu? Le prévenu peut-il être interné selon les critères civils si l'accusation est retirée? La famille habite-t-elle dans la communauté? Existe-t-il une agence sociale qui accepterait la responsabilité de surveiller le prévenu s'il était mis en liberté? Ces questions et d'autres de même nature relèguent au second plan dans l'esprit des policiers, avocats, psychiatres et juges, les questions juridiques traditionnelles.

Malheureusement il n'existe pas actuellement un cadre juridique reconnu à l'intérieur duquel ces considérations pratiques et souvent justifiées puissent trouver une solution. Étant donné la tendance naturelle à choisir une procédure en fonction de résultats pratiques, et non de motifs abstraits, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'on emploie les procédures actuelles pour atteindre une gamme d'objectifs sociaux qui sont souvent sans rapport avec leur finalité apparente. Il ne faut pas non plus s'étonner qu'une foule de procédures locales particulières aient vu le jour. N'étant sanctionnées que par la coutume, elles sont souvent d'une légalité douteuse.

III. Comment résoudre le problème

L'héritage d'une vision étroite du désordre mental, un vocabulaire équivoque, des attitudes inappropriées et le besoin de trouver des solutions pratiques aux problèmes sociaux, voilà certains des obstacles que nous devons surmonter avant qu'une réforme ne devienne possible. Chacun de ces obstacles est un maillon de la chaîne que constitue la réforme, et chacun mérite un examen attentif. Le problème de langue est peut-être le plus facile et le moins controversé; aussi l'aborderons-nous le premier.

A. Un langage clair

«Tout ce qui se comprend bien s'énonce clairement, et les mots pour le dire arrivent aisément.» A moins de les communiquer clairement, les intentions les plus nobles sont de peu d'utilité et elles peuvent même se révéler dangereuses. La confusion qui entoure l'expression «aliénation mentale» n'est pas le seul exemple d'un malentendu attribuable au langage. Ce qu'on ne dit pas est peut-être encore plus important; c'est ainsi que la confusion naît de l'énoncé incomplet des principes et des procédures. Quelle que soit la politique sociale qu'on adoptera finalement à l'égard du malade mental dans le processus pénal, il conviendra de l'énoncer clairement.

Ceci ne veut pas dire que tous les problèmes touchant les personnes atteintes de troubles mentaux proviennent d'un usage inapproprié du vocabulaire et de textes de loi incomplets ou qu'ils disparaîtront par le biais d'un choix judicieux des termes. Cependant, un énoncé clair constitue un bon départ pour la réforme de ce secteur du droit pénal. Nous nous efforcerons donc, dans cette étude et dans toutes celles qui porteront sur le désordre mental, de nous servir d'un vocabulaire précis et uniforme. Aussi nous recommendons que le langage législatif soit rationalisé et clarifié, afin d'énoncer clairement et de différencier les divers concepts juridiques et les procédures relatives au désordre mental et au droit pénal.

B. L'importance des attitudes

Nos attitudes et les valeurs qu'elles reflètent tracent la frontière entre le possible et l'impossible dans la réforme du droit; en effet nos attitudes forment et délimitent les confins de l'activité humaine. Aussi et surtout elles déterminent la réaction de la société à un problème particulier. Bien sûr, nos attitudes ne posent de problèmes que si elles sont erronées, et dans le cas qui nous occupe, nous croyons précisement qu'il en est ainsi.

(i) *La dangerosité de l'aliéné*

La crainte que nous inspire le prévenu anormal mental, ainsi que les mesures restrictives dont il est l'objet, ne sont justifiées que si notre perception de l'aliéné mental comme un être particulièrement dangereux s'avère juste. Ce que nous craignons, c'est la violence, et ce que nous exigeons, c'est d'être protégés contre le déséquilibré mental violent. La question-clé est donc de savoir si les délinquants anormaux mentaux représentent, en tant que groupe, un plus grand risque de violence pour la société que les individus sains d'esprit.

A peu près toutes les recherches récentes et toutes les données dont nous disposons indiquent qu'il n'existe aucune raison valable de traiter systématiquement les

délinquants anormaux mentaux de façon plus rigoureuse et plus restrictive que les délinquants sains d'esprit. Ainsi le taux de désordre mental en milieu carcéral correspond sensiblement à celui qu'on retrouve en général dans la société; les prisonniers remis en liberté, dont le dossier fait état de désordre mental, sont moins enclins à retourner en prison que les détenus normaux; et les individus atteints de troubles mentaux ne semblent pas être plus violents que la population en général. En outre, on n'a trouvé aucune corrélation entre le désordre mental et le comportement violent. Au contraire, certaines études ont démontré que les malades mentaux étaient moins enclins à la violence que l'ensemble de la population. Par conséquent, il n'y a aucun fondement logique à l'élément de détention préventive inhérent soit à notre système de renvois pour fin d'examen psychiatrique, soit aux mesures adoptées envers le prévenu déclaré inapte à subir son procès ou acquitté pour cause d'aliénation mentale.

Il ne faut pourtant pas en conclure que le risque d'un comportement violent n'existe jamais chez le malade mental, ou que le droit pénal ne devrait pas envisager le risque de dangerosité dans le cadre du renvoi pour fin d'examen psychiatrique ou dans la détermination d'une mesure envers le malade mental. Il importe de tenir compte de la dangerosité, mais il faut éviter d'ériger en principe que tous les individus souffrant de troubles mentaux sont enclins à la violence. On devrait restreindre la liberté de ces personnes dans les seuls cas où cette restriction est justifiée.

(ii) *Le danger de la dangerosité*

Quand donc la détention est-elle justifiée? Tout en reconnaissant qu'il existe des cas où l'internement du malade mental est souhaitable tant dans le processus civil que dans le processus pénal, nous devons admettre en toute franchise les limites de notre aptitude à prédire la dangerosité.

Depuis les dernières années, on constate dans les revues juridiques et médicales un foisonnement d'articles traitant des études relatives à la capacité de la psychiatrie

de prédire avec un minimum de certitude et d'évaluer la dangerosité. Un trait dominant ressort de cette masse de documents: c'est leur unanimité à conclure que les prédictions cliniques de la dangerosité sont à tout le moins suspectes, sinon sans aucun fondement. Un incident survenu aux États-Unis et connu sous le nom «d'Opération Baxstrom», fournit un exemple tout à fait caractéristique de ce genre d'études.

John Baxstrom, un prisonnier dans un pénitencier américain, fut transféré dans un établissement psychiatrique à sécurité maximale où il fut détenu après l'expiration de la sentence imposée par la cour, sans qu'on évalue son état dangereux. La Cour suprême des États-Unis ordonna sa remise en liberté, estimant que cette détention prolongée violait son droit à l'égalité devant la loi et à la protection de celle-ci. Cette décision entraîna la libération ou le transfert dans des hôpitaux psychiatriques ordinaires de 967 autres prisonniers dont l'internement prolongé se justifiait sur la base d'un examen clinique de la dangerosité. Tant les milieux officiels que le public craignirent que cette décision entraîne une flambée de violence.

Cependant il ne s'est rien passé qui ait pu justifier soit ces appréhensions, soit la détention prolongée de ces individus. Une série d'études postérieures à la décision de la Cour suprême et échelonnées sur quatre années, ont démontré que le niveau de violence observé au sein du groupe «Baxstrom» n'était pas significatif. Les détenus transférés dans les hôpitaux ordinaires s'étaient adaptés très rapidement à leur nouveau milieu. Quant aux 121 patients libérés immédiatement ou un peu plus tard, seulement neuf furent trouvés coupables d'une infraction quelconque, dont une seule avait un caractère violent. Plusieurs autres études confirment les difficultés qu'éprouve la psychiatrie à prédire la dangerosité, difficultés qu'illustre de façon dramatique «l'Opération Baxstrom».

Dans ce cas, nous sommes pris à notre propre piège. Pourquoi devrions-nous (ou les psychiatres) espérer prédire une chose qui de par sa nature est imprévisible? La dangerosité n'est habituellement pas un état constant. Elle est très conjoncturelle; c'est généralement un réseau complexe, et parfois irrésistible, de circonstances qui la

déclenche. Il ne s'agit pas d'une expérience dirigée qui met en interaction deux facteurs connus. Le laboratoire c'est la société entière; le nombre des variables dépasse de loin celui des constantes, et le technicien qui les contrôle, c'est le hasard. Il est donc impossible à toutes fins utiles de prédire avec exactitude la dangerosité.

C. *Les politiques à l'égard de l'anormal mental en droit pénal*

Les politiques envers les prévenus atteints de troubles mentaux doivent faire l'objet d'un examen approfondi et être énoncées sans équivoque. C'est alors seulement qu'on pourra définir les problèmes et élaborer des solutions pratiques. Pour être efficace, une procédure doit s'appuyer sur une politique sociale élaborée sciemment et exprimée clairement. Jusqu'à ce qu'on ait trouvé une réponse aux questions fondamentales de la politique sociale, le traitement des personnes atteintes de désordre mental dans le processus pénal sera dominé par des objectifs sociaux inavoués et souvent irrationnels, et par des procédures inadéquates et prêtant à confusion. Il faut donc répondre à des questions comme celles-ci: Quel rôle joue le désordre mental dans le processus pénal? Quand la présence d'un désordre mental devrait-elle soit exclure l'individu du processus pénal, soit nécessiter l'ajournement des procédures? Quand l'examen psychiatrique devient-il nécessaire et quelle forme doit-il prendre? Quels genres de mesures sont appropriées? Quand l'existence chez un individu d'un trouble mental justifie-t-elle de priver celui-ci de sa liberté? Quand la détention préventive ou thérapeutique est-elle de mise, et pour quelle durée? Comment concilier la liberté de l'anormal mental et la protection de la société?

Il n'y a pas une politique sociale unique qui puisse répondre à toutes ces questions, ni un concepteur de politique qui puisse les mettre en application dans un système unique. Nous n'avons pas affaire ici à un seul problème, ou même à un groupe de problèmes qu'on peut facilement identifier et résoudre. Au contraire, les ques-

tions découlant du désordre mental jalonnent l'ensemble du processus pénal. La réaction sociale la plus appropriée est fonction de chaque cas particulier et d'une foule d'autres facteurs. Les problèmes chevauchent également les juridictions des différents ministères à l'intérieur d'un même palier gouvernemental, et les juridictions constitutionnelles des divers paliers de gouvernements. Nous devons donc envisager l'élaboration de plusieurs politiques, l'intervention de plusieurs concepteurs de politiques, une coordination de plusieurs ministères et des ententes entre différents niveaux de gouvernements.

Néanmoins, bien qu'il s'avère difficile de donner à ce stade un aperçu des politiques qu'il faudrait adopter et des procédures qu'il conviendrait d'élaborer dans chaque cas, nous sommes en mesure d'indiquer certaines grandes lignes directrices qui se dégagent de notre discussion antérieure. En prenant en considération les objectifs du processus pénal et le rôle qu'y joue le désordre mental, le principe de modération, l'absence de corrélation positive entre le désordre mental et la criminalité ou entre le désordre mental et la violence, et en nous appuyant sur les études approfondies qui ont démontré la difficulté d'évaluer, de prédire et de traiter la dangerosité, nous faisons les recommandations suivantes.

Premièrement, on ne doit invoquer le processus pénal à l'égard de l'anormal mental que s'il n'y a aucune solution de rechange valable. Notre recommandation implique que l'accent soit mis davantage sur la déjudiciarisation du malade mental avant le procès.

Deuxièmement, on doit assurer à l'anormal mental la même équité au niveau de la procédure et la même protection de sa liberté individuelle qu'à toute autre personne. A cet égard, on doit faire preuve d'une grande prudence avant de priver une personne de sa liberté pour les fins d'un examen psychiatrique, fût-ce pour une courte période de temps.

Troisièmement, dans les cas où la détention est jugée nécessaire, celle-ci doit pouvoir faire l'objet d'une revision, et dans aucune circonstance elle ne devrait être d'une durée indéterminée.

D. Notre approche

Dans les chapitres suivants, nous examinerons les problèmes que rencontre l'anormal mental, au fur et à mesure qu'ils se présentent dans les trois étapes traditionnelles du processus pénal, soit avant le procès, au cours du procès et après le procès. Ensuite nous consacrerons un chapitre à la preuve psychiatrique se rapportant à toutes les étapes du processus. Cette approche, nous l'espérons, donnera un aperçu de l'ensemble du phénomène du désordre mental dans le processus pénal, sans pour autant perdre de vue les problèmes particuliers.

IV. Le désordre mental avant le procès

Les problèmes mentaux de la plupart de ceux qui sont aux prises avec le processus pénal commencent bien avant qu'ils n'entrent en contact avec lui. Aussi est-il important que la personne souffrant de trouble mental soit identifiée aussitôt que possible, afin de s'assurer qu'elle soit traitée de façon adéquate, tant du point de vue médical que du point de vue juridique. Une solution à laquelle on peut faire appel avant le procès consiste dans la déjudiciarisation de l'aliéné.

A. La déjudiciarisation du malade mental

Personne n'aime se trouver là où il n'a pas d'affaire à se trouver, et encore moins se voir catapulté dans un rôle qui ne lui convient pas. C'est précisément ce que la déjudiciarisation permet d'éviter. Celle-ci est fondée sur le principe de modération, lequel exige qu'avant de faire appel à cet instrument de contrôle social si brutal et si puissant qu'est le droit pénal, on s'interroge non seulement sur la possibilité mais aussi sur l'opportunité de faire une telle démarche. En effet la plus élémentaire sagesse veut qu'avant de recourir au droit pénal, on fasse l'essai des techniques et procédures de rechange appropriées qui sont accessibles.

Donc, la déjudiciarisation reconnaît que certaines gens qui s'engagent dans le processus pénal n'auraient pas dû y être admises, ou ne devraient pas être contraintes d'aller plus avant. Les individus atteints de troubles mentaux tombent parfois dans cette catégorie. Nous commencerons par examiner deux points d'application de la déjudiciarisation: le contact avec la police et le contact avec la poursuite.

B. Le tamisage par la police du malade mental

Lorsqu'on se sent menacé par le comportement bizarre ou irrationnel d'autrui, on fait habituellement appel à la police. Par conséquent, le policier constitue souvent le premier point de contact du malade mental avec le processus pénal. Lorsque la preuve est suffisante, la réaction policière traditionnelle consiste à porter une plainte. Cette manière de procéder ne devrait pas être la règle générale; dans les circonstances appropriées le policier devrait orienter l'aliéné hors du processus pénal.

Il arrive qu'il le fasse. Le policier peut exercer son pouvoir discrétionnaire comme il le fait dans de nombreux autres cas, et s'abstenir de porter une plainte contre le malade mental qui, de toute évidence, a commis une infraction. De même, la plupart des provinces autorisent le policier à prendre charge, sans toutefois déposer de plainte contre elles, des personnes qui semblent souffrir de troubles mentaux, pour ensuite les confier à un hôpital. Ce qui nous préoccupe ici, ce n'est pas que la police ne déjudiciarise jamais les malades mentaux, mais qu'elle ne le fasse pas uniformément ou avec suffisamment de fréquence. La décision de porter une plainte contre un individu qui paraît atteint de déséquilibre mental est d'une grande importance, et il conviendrait à cet égard de venir en aide à la police. Notre document de travail, *La déjudiciarisation*, traite de façon plus complète des difficultés découlant de la mise en place d'un système de tamisage des malades mentaux par la police au moment de l'arrestation; dans le présent document, nous nous contentons

d'examiner les aspects de cette question qui concernent l'anormal mental.

La discrétion du policier en matière d'inculpation, et l'existence de lois lui permettant de confier un malade mental à un hôpital sans procéder à son arrestation, ne suffisent pas à assurer le succès de la déjudiciarisation policière. Il faut entraîner le policier à reconnaître et à régler le cas du délinquant anormal mental, à connaître les ressources de la communauté qui sont accessibles et, dans les cas marginaux, à encourager les parties à trouver une solution consensuelle, axée sur la communauté. Il devrait également exister des procédures de préférence simples, expéditives et élaborées de concert avec les hôpitaux et les services psychiatriques locaux, visant à aider la police et les autres intéressés à obtenir les services médicaux requis. Il est aussi très important que la politique interne de tous les corps policiers insiste sur la déjudiciarisation des malades mentaux.

Nous ne suggérons pas que le policier devienne un psychiatre amateur, mais qu'il soit mieux préparé à chercher des solutions non criminelles à toute une gamme de problème sociaux. Il serait injuste et peut-être dangereux de s'attendre à ce que le policier prenne trop rapidement, dans les cas particulièrement difficiles, la décision de déjudiciariser un délinquant anormal mental. Il existe d'ailleurs différents moyens de faciliter sa tâche. Une méthode qui a donné ailleurs de bons résultats consiste dans la centralisation des décisions relatives à la déjudiciarisation entre les mains d'un comité de policiers. Les cas difficiles et douteux sont portés à l'attention du quartier général et la décision finale est prise par ce comité.

Une autre technique est actuellement à l'essai au Québec. On a créé à Montréal, avec l'aide de l'Institut Philippe Pinel, le Centre de Consultation Psychiatrique auquel la police peut référer les personnes qui présentent des symptômes de troubles mentaux. En 1974, le Centre a examiné presque 1,000 patients et il en a orienté environ les trois quarts hors du système pénal. Dans la plupart des cas, ces personnes ont regagné leur milieu, soit directement, soit après une brève période d'hospitalisation.

Les deux exemples que nous venons de citer supposent l'existence d'une collectivité assez considérable. Il va sans dire que la procédure adoptée dans une région donnée dépend d'une foule de facteurs, comme l'effectif du corps policier, l'accès à des services psychiatriques, la collaboration des hôpitaux locaux, sans oublier la composition et les attitudes de la communauté. Il serait naïf de recommander l'adoption d'un système uniforme à l'échelle du pays. Cependant il est nécessaire de partager le fruit de diverses expériences, d'établir des lignes directrices et d'élaborer des modèles de procédure. Le Ministère de la Justice fédéral et le Solliciteur Général du Canada, ainsi que leurs homologues provinciaux, semblent tout indiqués pour susciter et encourager l'échange d'idées, l'élaboration de lignes directrices et la création de modèles de procédures.

C. La déjudiciarisation par la poursuite du malade mental

Lorsqu'une plainte a été assermentée devant un juge de paix et qu'une dénonciation a été émise, le contrôle du processus pénal passe des mains de la police à celles de la poursuite. Rappelons que l'ensemble du problème de la déjudiciarisation préalable au procès effectuée par la poursuite fait entre autres l'objet de notre étude sur la déjudiciarisation; mais il y a un nombre de considérations particulières visant les prévenus atteints de troubles mentaux que nous désirons envisager immédiatement.

Même si, de toute évidence, les procureurs de la Couronne disposent du pouvoir discrétionnaire de retirer la plainte, de soumettre le prévenu à des examens psychiatriques ou d'engager le procès, on constate une absence de critères formels concernant la situation particulière du délinquant anormal mental. Or les mesures que le procureur de la Couronne prend envers le prévenu revêtent précisément une importance capitale. Il peut, par exemple, envisager de retirer la plainte à condition soit que le prévenu consente à recevoir des soins psychiatriques en cabinet privé, soit qu'il entre volontairement dans un hôpi-

tal psychiatrique. Puisque ce genre de décisions ont une influence déterminante sur la liberté du prévenu, elles ne devraient être prises qu'après consultation avec celui-ci et son avocat. Il faudrait que ces consultations aient un caractère uniforme, i.e. que l'élaboration des critères régissant la déjudiciarisation visent à traiter les cas identiques de la même façon.

Un recours plus fréquent à la communication de la preuve, tel que le recommande le document de travail n° 4 qui traite de ce sujet, contribuerait à encourager l'impartialité et l'uniformité dans la déjudiciarisation du malade mental avant le procès.

En l'absence d'une procédure formelle de communication de la preuve, il conviendrait d'encourager les parties à discuter avant le procès des possibilités d'en venir à une entente visant à orienter le prévenu hors du processus pénal. Si les deux parties ont à leur disposition un rapport psychiatrique, les discussions auront de meilleures chances de réussir. Nous reviendrons d'ailleurs plus loin sur cet aspect lorsque nous examinerons le rôle joué par les renvois et l'examen psychiatrique. Signalons également qu'il serait souhaitable que le procureur de la Couronne puisse évaluer le cas du prévenu aussitôt que possible; à l'heure actuelle, il arrive souvent à ce dernier de ne prendre connaissance du dossier que la veille de l'enquête préliminaire ou du procès.

D. Une mise en garde

Il n'est pas suffisant de dire que les malades mentaux devraient faire l'objet d'une mesure de déjudiciarisation. Tout départ suppose une arrivée et celui qui sort du processus pénal doit nécessairement arriver quelque part, soit dans son milieu, soit dans un autre système. Pour le prévenu atteint de troubles mentaux cet autre système constitue souvent le système de santé mentale, et la porte d'entrée est souvent l'internement involontaire.

La déjudiciarisation a pour objectif de stimuler la recherche de solutions axées sur la collectivité. Elle impli-

que davantage qu'un simple changement du cadre de la détention, et le passage de la détention carcérale à la détention thérapeutique. Elle suppose le recours aux ressources et à la compréhension de la collectivité dans le but de résoudre les problèmes qui surgissent en son sein. L'orientation des malades mentaux hors du système pénal ne devrait donc pas mener à un accroissement du nombre d'internements involontaires.

V. Le désordre mental lors du procès

Traditionnellement on a envisagé sous deux angles différents le problème que pose le désordre mental du prévenu lors du procès: d'abord est-il apte à subir son procès, et ensuite, a-t-il la capacité mentale voulue pour être tenu responsable de son comportement? Nous examinerons l'aptitude à subir le procès dans le prochain chapitre; dans les paragraphes qui suivent, nous nous pencherons brièvement sur les rapports entre le désordre mental et la responsabilité.

A. La responsabilité

Le droit pénal repose sur la notion de responsabilité; et pour les fins de cette branche du droit, nous sommes tous présumés aptes à la responsabilité pénale. C'est comme si nous étions tous détenteurs de billets d'admission au processus pénal et que ces billets pouvaient être annulés ou suspendus temporairement. Ainsi, les soldats ne sont admis qu'à un autre système, soit le processus militaire. Les diplomates étrangers n'ont pas de billet d'admission, mais ils peuvent être invités à quitter le pays. Les enfants ne reçoivent pas de billets avant l'âge de sept ans; de sept à quatorze ans, ils sont porteurs d'un titre conditionnel et, de quatorze à seize ans, leur billet leur impose des obligations et leur confère des privilèges

réduits. Pour des raisons différentes, les personnes citées dans les exemples énumérés ci-dessus ne sont pas considérées responsables et l'accès au processus pénal leur est interdit. Les personnes atteintes de troubles mentaux peuvent également se voir refuser l'accès au processus pénal.

Ceci se justifie par la conception que nous nous faisons du droit pénal. Il serait injuste de punir un accusé qui, à cause de désordre mental, ne saisit pas les conséquences de ses actes ou est incapable d'exercer le minimum requis de contrôle rationnel sur sa conduite. Les tribunaux ne tiendront pas responsables des individus affligés de la sorte. Ou, pour reprendre notre analogie, le billet de ces personnes sera déclaré nul et non avenu.

Si le principe est clair, son élaboration est loin de l'être. Les conséquences du désordre mental dans la détermination de la responsabilité pénale ont engendré de nombreux débats passionnés. Certains pensent que le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale, est d'une nécessité absolue, d'autres recommandent qu'il soit aboli, et d'autres enfin souhaitent tempérer les rigueurs du droit pénal par l'introduction de la notion de responsabilité atténuée.

A notre avis, il y a cinq solutions possibles:

(1) L'abolition du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale et du même coup, de la notion actuelle de la responsabilité pénale jointe, au niveau de la sentence, à l'adoption de mesures thérapeutiques à l'endroit du prévenu anormal mental.

(2) L'abolition du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale et la prise en considération du désordre mental au niveau de l'élément psychologique constitutif de l'infraction.

(3) Le maintien du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale et l'adoption du concept de responsabilité atténuée.

(4) Le maintien du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale et l'adoption de nouveaux critères le régissant.

(5) Le maintien du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale tel qu'énoncé dans l'article 16.

A la lumière des principes énoncés dans cette étude, il est évident que la nécessité d'un moyen de défense spécial, fondé spécifiquement sur le désordre mental, prête le flanc à de graves critiques. En raison de l'importance capitale que revêt l'ensemble du problème de la responsabilité en droit pénal, nous croyons qu'il serait inopportun de s'y attaquer dans le cadre d'une étude consacrée aux problèmes du malade mental dans le processus pénal. Il serait préférable de ne pas restreindre la portée de l'étude de la responsabilité à un groupe isolé de personnes, par exemple aux déséquilibrés mentaux, mais d'examiner cette question dans le contexte plus vaste d'un système rationnel de justice pénale. Aussi cet aspect du problème fera-t-il l'objet d'une étude ultérieure.

Il y a aussi une raison pratique pour ne pas traiter de cette question controversée dans le présent document. De nos jours, la dimension théorique du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale, quelle qu'en soit la forme, n'a aucune commune mesure avec sa dimension pratique. En raison de l'abolition de la peine de mort dans la pratique, de l'imposition de peines de moins en moins sévères et de l'introduction de la libération conditionnelle et de la probation, on invoque le plaidoyer d'aliénation mentale si rarement qu'il a perdu toute importance statistique. Si le Canada suit la tendance suggérée dans ce document et celle des autres pays qui ont encouragé la déjudiciarisation préalable au procès du malade mental et l'adoption de mesures thérapeutiques au niveau de la peine, on assistera à une réduction encore plus marquée du nombre de ces plaidoyers. Ainsi en Angleterre, pays dont la population est de deux fois et demie supérieure à celle du Canada, on n'a invoqué avec succès l'an dernier que deux moyens de défense fondés sur l'aliénation mentale.

Bien sûr, on peut soutenir qu'une modification des conséquences actuelles du moyen de défense, visant à éliminer la détention indéfinie en institution psychiatrique, lui conférera dans l'avenir une importance pratique accrue. Il nous paraît toutefois plus vraisemblable que le

recours à la déjudiciarisation préalable au procès et aux procédures civiles s'avérera plus fréquent que l'utilisation lors du procès du plaidoyer d'aliénation mentale.

Ces remarques ne diminuent en rien l'importance théorique considérable des rapports entre le désordre mental et la responsabilité pénale. Elles illustrent néanmoins les raisons pour lesquelles un document de travail traitant du problème du malade mental dans le processus pénal n'a pas à se livrer à une analyse approfondie du moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale.

B. L'aptitude à subir le procès

«Le prévenu est-il apte à subir son procès?» Voilà la question qui se pose lorsqu'avant ou pendant son procès, une personne montre des signes de déséquilibre mental. Si le tribunal répond à cette question par la négative, le procès est différé jusqu'à ce que le prévenu se rétablisse suffisamment pour être en mesure de participer au débat. Cette exemption accordée au prévenu relève de la règle de l'aptitude, et la façon de la soulever et de la mettre en application relève de la procédure relative à l'aptitude à subir le procès.

La règle de l'aptitude et sa mise en application ont fait l'objet de nombreux commentaires et de nombreuses études; ceux-ci s'accordent tous à dire que des changements en profondeur s'imposent. La plupart des études supposent qu'en dépit de ses imperfections, la règle de l'aptitude est nécessaire, que ses objectifs sont connus et qu'elle devrait être restreinte au désordre mental. Cette façon de voir s'abstient d'examiner deux questions fondamentales qui sont essentielles à la réforme: d'abord, cette règle est-elle nécessaire? Ensuite, quelle en est la portée?

(i) *La nécessité de la règle de l'aptitude*

Réformer la règle de l'aptitude sans remettre en question la nécessité de son existence reviendrait à restaurer une vieille maison délabrée à un coût exorbitant, sans se

demander d'abord si l'on ne préfère pas habiter ailleurs. D'où la toute première question qui se pose: la règle de l'aptitude est-elle vraiment indispensable?

Celle-ci est intimement liée à notre système de justice criminelle, et tout changement fondamental qui y serait apporté influerait sur la nécessité de l'existence d'une telle règle. Si, par exemple, on ne croyait plus à l'importance de s'assurer que l'inculpé comprenne la nature et les conséquences éventuelles du procès dont il est l'objet et qu'il y participe, il s'ensuivrait qu'une procédure destinée à promouvoir et à protéger sa compréhension et sa participation au procès ne serait plus nécessaire. Mais nous ne recommandons pas de modifications aussi fondamentales. A notre avis, la notion de responsabilité doit rester à la base du droit pénal, et la procédure criminelle doit conserver son caractère accusatoire. Il en résulte que les antécédents historiques ayant donné naissance à la règle de l'aptitude ne perdront rien de leur valeur.

Cependant, cela ne suffit pas à prouver de façon concluante la nécessité d'une règle relative à l'aptitude à subir le procès. Il peut exister d'autres façons plus efficaces et moins complexes d'atteindre les objectifs que vise la règle de l'aptitude, sans pour cela aller jusqu'à exempter le prévenu de subir son procès. On pourrait avancer, par exemple, que la participation personnelle du prévenu est moins importante qu'elle ne l'était autrefois. Dans la plupart des cas, la participation du prévenu se fait par personne interposée, i.e. l'avocat de la défense. Donc, si le prévenu est adéquatement représenté, ni sa participation active ni, par conséquent, la règle de l'aptitude ne sont indispensables.

A cela nous répondons qu'en dépit du recours toujours plus répandu aux services d'un avocat, la participation active du prévenu devant le tribunal demeure primordiale. Il y a certaines décisions, par exemple celles qui concernent le choix du plaidoyer ou le renvoi de l'avocat de la défense, que seul le prévenu doit prendre. Le prévenu mentalement inapte ne souffre pas d'une incapacité mineure que peuvent compenser certaines procédures; il est privé de toute habileté à comprendre les procédures ou

à y participer. Dans de telles circonstances, l'équité exige qu'on l'exempte du procès.

(ii) *Le fondement de la règle de l'aptitude*

Le fondement de la règle de l'aptitude réside donc dans le désir de promouvoir l'idéal de justice, en protégeant le droit du prévenu de se défendre lui-même et en s'assurant qu'il est bel et bien apte à être l'objet d'un procès criminel.

Le prévenu a droit à une défense pleine et entière à l'encontre de l'accusation portée contre lui. La justice exige qu'il soit conscient de ce qui se passe lors du procès, afin qu'il puisse adopter toutes les mesures qui s'imposent pour éviter les conséquences éventuelles d'un verdict de culpabilité. Un procès où le prévenu est mentalement incapable d'exercer tous ses droits constitue à toutes fins pratiques un procès où ces droits n'existent pas. Par conséquent, l'exemption du procès assure au prévenu la protection de son droit à une défense pleine et entière.

De la même façon, les notions de responsabilité, de sanction et de dissuasion spéciale présupposent la participation du prévenu au procès. S'il est condamné, il doit savoir pour quelle infraction, et s'il est puni, pour quelle raison. Il serait immoral de condamner ou de punir un individu qui n'est pas en mesure de comprendre ce qui lui arrive. C'est ce à quoi pallie la règle de l'aptitude.

Il faut également se garder de confondre le fondement de la règle de l'aptitude avec d'autres avantages qui découlent de sa mise en application. La garantie d'un procès juste et le maintien de la dignité des procédures sont deux conséquences certes heureuses, mais quand même accessoires de la règle de l'aptitude et l'on ne devrait jamais invoquer celle-ci pour les promouvoir. Il s'ensuit que même si un prévenu anormal mental cause du désordre à l'audience, ou si un trouble mental porte atteinte de quelque façon à la justesse du procès, un verdict d'inaptitude ne serait pas approprié s'il est néanmoins en mesure de comprendre la signification et l'objet des procédures et d'y participer.

Nous répétons donc l'objectif visé par la règle de l'aptitude: promouvoir l'idéal de justice en protégeant le droit du prévenu de se défendre lui-même et en s'assurant qu'il est bel et bien apte à être l'objet d'un procès criminel.

(iii) *La portée de la règle de l'aptitude*

A qui la règle devrait-elle s'appliquer? Il semble raisonnable de croire que tout prévenu éprouvant des difficultés de communication ou de compréhension doit bénéficier de la règle de l'aptitude. Mais ce n'est pas le cas pour tous, puisque la règle ne s'applique actuellement qu'aux personnes dont les infirmités sont attribuables au désordre mental. Ce ne fut pas toujours le cas. A une époque antérieure, l'exemption du procès s'étendait à tout individu dont les déficiences physiques et les différences culturelles compromettaient la capacité de communication ou de participation. Ainsi, historiquement les sourds-muets constituèrent le premier groupe d'individus que l'on trouva inaptes à subir le procès; et il existe d'autres exemples où on a appliqué la règle à des personnes qui étaient incapables de participer pleinement au procès pour d'autres raisons que le désordre mental. On peut avancer des arguments en faveur de l'extension de la règle à ces catégories non mentales, en mettant l'accent sur les conséquences plutôt que sur les causes de l'inaptitude.

On peut soutenir que tout prévenu incapable de comprendre les procédures ou de communiquer avec son avocat, parce qu'il ne parle pas et ne comprend pas la langue du tribunal ou à cause de déficiences physiques ou pour toute autre raison se trouve dans la même situation que le prévenu inapte en raison de troubles mentaux. A ce même titre, on devrait l'exempter du procès jusqu'à ce qu'on soit certain de sa capacité d'y participer.

On peut répondre à cet argument que la distinction faite actuellement entre la déficience mentale et d'autres formes d'incapacité est valable. Dans le cas de l'individu souffrant de troubles mentaux le problème réside chez le prévenu lui-même. C'est pourquoi le prévenu ne subit pas son procès et est soumis à des traitements. Mais dans le cas de l'«inaptitude» culturelle ou linguistique, le prévenu

est un être normal. Son incapacité de participer et de communiquer est attribuable à des circonstances externes auxquelles on peut facilement remédier. Dans de tels cas, plutôt que de considérer le prévenu comme une personne inapte, il serait préférable de lui conférer le droit de lui fournir le moyen de participer au procès. La déclaration des droits accorde à toute personne qui ne parle pas la langue du tribunal le droit à un interprète, et le droit à une audition impartiale de sa cause, conformément aux principes de la justice fondamentale.

Malgré l'intérêt que présente cette question, nous devons la laisser en suspens. Ce document de travail traite spécifiquement du désordre mental et tout examen plus vaste de la portée de la règle de l'aptitude serait inopportun. Par conséquent, nous limiterons notre discussion à l'inaptitude découlant du désordre mental, sans suggérer pour autant que la règle se restreigne à ce seul phénomène. Notre propos est ici de soulever la discussion et de susciter des commentaires.

Pour résumer brièvement, notre examen préliminaire de l'aptitude à subir le procès nous amène à tirer trois conclusions. En premier lieu, la règle de l'aptitude est toujours nécessaire. En deuxième lieu, le fondement de la règle réside dans le désir de promouvoir l'idéal de justice en protégeant le droit du prévenu de se défendre lui-même et en s'assurant qu'il est bel et bien apte à être l'objet d'un procès criminel. En troisième lieu, le désordre mental devrait continuer d'être une cause d'inaptitude; quant aux autres causes, elles méritent qu'on s'y arrête, bien que cette étude dépasse la protée du présent document. Après avoir passé en revue la nécessité, le fondement et la portée de la règle de l'aptitude, nous sommes maintenant en mesure d'examiner les problèmes que soulève son application au Canada.

Dans notre document d'appui intitulé «L'aptitude à subir le procès» nous examinons les nombreux problèmes que présente cette question. Pour le moment, notre analyse porte sur ce qui constitue, à notre avis, les trois points les plus importants: les critères de l'inaptitude; l'impossibilité à l'heure actuelle d'examiner la valeur et la plainte

avant que ne soit rendue la décision relative à l'aptitude; et les mesures adoptées envers le prévenu inapte.

(iv) *Les critères de l'inaptitude*

Même s'ils font généralement l'unanimité de la jurisprudence et de la doctrine, les critères ne sont pas précisés dans le Code criminel; voilà pourquoi ils sont parfois mal compris. Par exemple certaines décisions de tribunaux d'appel confondent l'inaptitude et l'irresponsabilité pénale due au désordre mental, et certains rapports psychiatriques confondent les critères de l'inaptitude et ceux de l'internement civil. Une grande partie de cette confusion se dissiperait si les critères de l'aptitude étaient clairement énoncés dans la loi.

Après un examen minutieux de la jurisprudence canadienne et des critères en usage dans d'autres juridictions, nous recommandons un test d'inaptitude qui comporte trois volets. Une personne est inapte à subir son procès si, en raison de troubles mentaux:

(1) elle ne comprend pas la nature ou l'objet des poursuites engagées contre elle, ou

(2) elle ne comprend pas la signification ni les conséquences que les procédures peuvent avoir pour elle, ou

(3) elle est incapable de communiquer avec son avocat.

Seul le troisième critère nécessite une explication. La communication de directives à l'avocat de la défense est liée avec la participation du prévenu au procès, et elle implique la capacité de communiquer rationnellement. Mais elle ne comprend pas l'aptitude à se souvenir de tout ce qui s'est passé avant, pendant et après la perpétration de l'infraction. Si la perte de mémoire est accompagnée ou résulte d'une incapacité mentale relevant des deux autres critères, le prévenu peut être déclaré inapte à subir son procès. Mais le seul fait que le prévenu ne conserve aucun souvenir n'entraîne pas nécessairement un verdict d'inaptitude.

(v) *L'inéquité de l'inaptitude—le litige au fond*

Même si de toute évidence la procédure d'aptitude a été conçue pour avantager le prévenu, un verdict d'inaptitude peut se révéler injuste à son égard, surtout lorsqu'il est dans son intérêt que le procès se poursuive. La loi actuelle ne tient pas suffisamment compte du cas du prévenu qui, bien qu'il soit peut-être inapte, peut valablement réfuter au fond l'inculpation. Prenons, par exemple, le cas suivant.

Le prévenu était inculpé de vol. Il avait plaidé non coupable et s'apprêtait, par l'entremise de son avocat, à présenter une défense d'alibi. Cependant, étant donné qu'il s'agissait d'un arriéré mental de naissance, on le déclara inapte et son procès fut ajourné. En supposant que la défense du prévenu ait été fondée, le fait d'avoir été trouvé inapte à subir son procès le plaçait dans une situation intenable. S'il avait pu subir son procès, il aurait été acquitté, mais il ne pouvait être jugé parce qu'inapte à subir son procès. On l'interna dans un établissement psychiatrique jusqu'à ce qu'il recouvre l'aptitude à subir son procès. Mais comme son cas était incurable il ne pouvait jamais espérer devenir apte à subir son procès et, le cas échéant, être acquitté. En fin de compte, cette personne fut condamnée à l'internement à perpétuité dans un établissement psychiatrique sans avoir été déclaré coupable. Et tout cela, au nom de la justice. L'injustice est évidente et il faut l'éviter. Toutefois, les procédures actuelles n'assurent au prévenu qu'une protection limitée.

Actuellement, le fait que le juge a le pouvoir de reporter la question de l'inaptitude à la fin de l'exposé de la poursuite, permet à la défense de présenter des objections contre l'inculpation et oblige la poursuite à faire une preuve *prima facie*. Par conséquent, si la poursuite est irrecevable, par exemple par suite du défaut de compétence, ou si l'inculpation est défectueuse en droit, par exemple à cause d'un vice de l'acte d'accusation ou de l'absence de preuve à l'égard d'un élément essentiel de l'infraction imputée, le prévenu ou l'avocat agissant en son nom peut obtenir un acquittement. Dans ce cas l'audition sur l'aptitude à subir le procès n'a pas lieu. Toutefois cette protection n'est pas complète car elle ne va pas assez loin.

Le prévenu ne peut présenter sa défense, comme ce fut le cas dans l'exemple précédent, parce que l'audition sur l'aptitude n'est remise qu'à la fin de l'exposé de la poursuite. Nous recommandons donc qu'une audition complète au fond puisse avoir lieu avant que le prévenu ne risque l'internement consécutif à un verdict d'inaptitude.

La remise de l'audition sur l'inaptitude—La possibilité qu'une audition complète au fond ait lieu, diminue le risque de l'internement consécutif à un verdict d'inaptitude, pour le prévenu susceptible d'être acquitté de l'accusation portée contre lui. Cette possibilité découragerait l'audition sur l'aptitude comme expédient pour mettre fin au procès et comme moyen d'éviter le plaidoyer d'aliénation mentale. D'aucuns prétendent toutefois que ce genre de remise fait violence à la règle de l'aptitude parce qu'elle permet de «juger» un prévenu qui peut être «inapte à subir son procès». Néanmoins on n'est pas en présence d'un procès au vrai sens du terme. Il faut faire une distinction entre un «procès» et une «audition au fond», au sens que nous donnons ici à cette dernière expression.

L'objet de la règle de l'aptitude est de protéger le prévenu contre les conséquences du procès, c'est-à-dire du verdict de culpabilité et de la peine, et non pas contre «l'audition au fond». Si on dissocie l'audition au fond du verdict de culpabilité et de la peine, elle devient compatible tant avec l'objectif de la règle d'aptitude qu'avec le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Même le droit actuel permet la remise de l'audition sur l'aptitude à la fin de l'exposé de la poursuite. Il s'agit d'une audition au fond d'un genre très particulier où les deux seules conséquences possibles sont l'acquittement ou un verdict d'inaptitude, mais jamais un verdict de culpabilité.

Quand l'audition au fond devrait-elle avoir lieu?—Il y a deux possibilités. L'audition peut avoir lieu soit avant, soit après que la question de l'aptitude ait été tranchée. En Angleterre et au Canada, les dispositions relatives à l'ajournement autorisent un certain examen de l'inculpation avant qu'il ne soit statué sur la question de l'aptitude. Certains États américains, d'autre part, ont adopté une audition au fond postérieure au verdict d'inaptitude. Après

avoir examiné les deux possibilités, nous recommandons que l'audition au fond se déroule avant que la question de l'aptitude ne soit tranchée. L'ajournement de l'audition relative à l'aptitude offre l'avantage de ne pas interrompre le procès d'inaptitude advenant le cas où le prévenu est acquitté, toute nécessité de l'interner disparaît par le fait même, et l'audition relative à l'aptitude perd sa raison d'être.

L'ajournement de la question de l'aptitude évite le danger inhérent à l'audition postérieure au fond, soit de prendre celle-ci plus à la légère qu'un procès normal du fait que le prévenu a déjà été déclaré inapte. Le procès d'un prévenu inapte devrait se dérouler comme celui de tout autre accusé, à la seule différence qu'il se terminera par l'examen de la question d'aptitude, si le prévenu n'est pas acquitté. Nous recommandons, par conséquent, qu'une audition au fond aussi complète que l'exige la protection des droits du prévenu, précède l'examen de son aptitude à subir son procès. Ceci comprendrait, le cas échéant, le renvoi de l'examen de l'aptitude à la toute fin du procès.

La procédure relative à l'aptitude—En principe on ne devrait pas considérer la question de l'aptitude si le prévenu a une défense à faire valoir. On pourrait assurer le bon déroulement de l'audition au fond en accordant au juge le pouvoir de reporter la question de l'aptitude à la toute fin du procès. Il n'accomplirait cette démarche qu'après avoir d'abord reporté la question de l'aptitude à la fin de l'exposé de la poursuite, et après avoir entendu les arguments de la défense relatifs au bien-fondé d'une telle solution et ce, dans l'intérêt même de la justice. Cette procédure est relativement simple lorsqu'il s'agit d'un procès présidé par un juge seul. Cependant, le droit actuel conférant à l'arbitre des faits le soin de trancher l'aptitude à subir le procès, le renvoi de l'examen de cette question à la fin du procès poserait de sérieuses difficultés dans les affaires jugées par un juge et un jury.

Le juge devrait donner les directives suivantes aux membres du jury: ils doivent d'abord se demander si le prévenu devrait être acquitté et, dans la négative, s'il est

apte à subir son procès; s'il est apte à subir son procès, ils doivent alors se demander s'il est coupable.

Cette procédure pourrait être simplifiée si seul le juge pouvait trancher la question de l'aptitude, et si le jury pouvait rendre un verdict conditionnel. La procédure est la suivante. Le juge ajourne l'examen de la question jusqu'à ce que tous les témoignages aient été entendus. Il demande alors au jury de se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence du prévenu. Si le jury rend un verdict de non-culpabilité, le prévenu est acquitté et l'audition sur l'aptitude n'a pas lieu. Si, d'autre part, les jurés estiment, sur la foi des témoignages entendus au procès, que le prévenu est coupable, ils rendent un verdict conditionnel: ce verdict conditionnel signifie qu'à la lumière de la preuve rapportée devant eux, ils sont incapables d'acquitter le prévenu. Le jury est alors dissous, et le juge procède à l'audition relative à l'aptitude à subir le procès. Si le prévenu est reconnu apte à subir le procès, le verdict conditionnel devient absolu et le juge prononce la sentence. Si le prévenu est reconnu inapte, le juge annule le procès et le verdict conditionnel, et il ordonne qu'on prenne à l'égard du prévenu déclaré inapte les mesures qui s'imposent.

Cette procédure que nous venons de décrire ne constitue à nos yeux qu'une façon de mettre notre recommandation en application. La critique portera sans doute sur sa praticabilité, et il est possible de concevoir une autre procédure qui s'avère plus simple. Il est toutefois un principe au sujet duquel aucun compromis n'est possible: il faut qu'une audition complète au fond puisse avoir lieu avant que le prévenu ne risque les conséquences d'un verdict d'inaptitude à subir son procès.

(vi) *Les mesures adoptées envers le prévenu inapte*

La plupart d'entre nous préférerions être coupables qu'inaptes, car les conséquences de l'inaptitude sont moins prévisibles et elles peuvent s'avérer encore plus privatives de liberté. Le prévenu déclaré coupable connaît de façon précise le sort qui l'attend et la sentence qui lui est imposée.

Le prévenu déclaré inapte a très peu de certitudes autres que celle d'être interné dans un établissement psychiatrique. Et cela, même si son crime qui n'a jamais fait l'objet d'une détermination judiciaire, n'entraîne habituellement aucune peine d'emprisonnement, ou tout au plus un emprisonnement de courte durée, et même s'il serait préférable de traiter son problème mental en dehors d'un cadre institutionnel. Il est détenu contre son gré dans une institution psychiatrique où, de par la loi, il reçoit des traitements différents de ceux prodigués aux autres patients, et où il jouit de moins de droits et d'un choix de traitements plus restreint. Il est abandonné «au bon plaisir» du lieutenant-gouverneur sans avoir la possibilité que sa détention fasse l'objet d'une révision judiciaire. Il ne faut donc pas s'étonner que la plupart des prévenus et de leurs avocats préfèrent courir le risque d'une condamnation plutôt que celui d'un verdict d'inaptitude.

Nous croyons qu'il n'y a aucune raison valable de détenir dans tous les cas, en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, un prévenu inapte dans un établissement psychiatrique pour une période indéterminée. Si les mesures adoptées à son endroit ont pour objet de favoriser sa guérison et de lui permettre de subir son procès dans les meilleurs délais, il s'ensuit que l'internement en institution psychiatrique, assorti de la perte de liberté qui en découle, n'est justifié que pour deux raisons.

D'un point de vue purement thérapeutique, l'internement peut se justifier dans la mesure où le traitement offert par une institution est susceptible de l'aider à devenir apte à subir son procès, et où il existe aucun traitement semblable hors du cadre institutionnel. Il est également acceptable si l'infraction dont le prévenu est inculpé ne donne ordinairement pas lieu à l'octroi d'un cautionnement. Néanmoins, dans les cas où l'internement n'offre aucun avantage au plan thérapeutique, où le désordre mental ne correspond pas aux critères de l'internement civil et la nature de l'infraction n'empêcherait probablement pas le tribunal d'accorder un cautionnement, il irait des meilleurs intérêts du prévenu et de la société que la mesure adoptée ne comporte aucun élément de détention. Par conséquent, nous recommandons qu'un verdict d'inap-

titude n'entraîne pas automatiquement l'internement du prévenu, et qu'il y existe une gamme de solutions de rechange, certaines ne comportant aucune détention, ou à tout le moins une dose minimale de détention. Nous recommandons également qu'on n'ait jamais recours aux mesures privatives de liberté, sauf dans les cas où il existe des raisons impérieuses de le faire.

Actuellement, le lieutenant-gouverneur est chargé de régler le cas du prévenu inapte, en vertu d'une délégation de l'autorité fédérale. Nous recommandons que ce pouvoir ne soit plus délégué, mais qu'il soit exercé par le juge siégeant au procès. D'ailleurs, personne n'est mieux placé pour régler rationnellement le cas du prévenu inapte. Il a ou il peut avoir à sa disposition un rapport médical complet, de même que le témoignage d'un psychiatre, sans compter qu'il peut profiter de sa propre observation du comportement du prévenu au procès.

De plus, le traitement ou la détention du prévenu devrait faire l'objet d'une révision judiciaire plutôt que d'être soumis au pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur lequel, à l'heure actuelle, échappe à toute forme de contrôle.

Si l'on juge nécessaire qu'un prévenu soit interné dans un établissement psychiatrique, cet internement ne devrait jamais être pour une période indéterminée. Puisque la détention poursuit un objectif thérapeutique, sa durée devrait être fonction des perspectives de guérison. De l'avis des psychiatres eux-mêmes, dans la grande majorité des cas, le prévenu qui ne devient pas apte à subir son procès dans les deux ans de son internement, risque fort de ne jamais le devenir. Lorsque le fondement de l'internement consiste dans la détention préventive, et que le prévenu a passé dans l'institution une période de temps égale à la durée moyenne de l'emprisonnement purgé pour ce genre d'infraction, il devrait être libéré et la plainte retirée. S'il est jugé nécessaire de continuer le traitement psychiatrique, ce devrait être en raison du désordre mental, et non en raison de l'inculpation. Si on peut interner le prévenu selon les critères civils, sa détention pourrait se poursuivre au moyen d'une interdiction prononcée en vertu d'une loi provinciale sur la santé mentale.

VI. Le désordre mental après le procès

Le verdict de culpabilité ou l'acquittement sont les suites normales du procès. Après un acquittement, le prévenu reprend sa liberté sans condition, et le droit pénal ne s'intéresse plus ni à lui personnellement, ni à sa santé mentale. Par contre, un verdict de culpabilité peut amener le tribunal à tenir compte de sa santé mentale. Ce n'est évidemment pas le cas s'il se voit accorder une libération inconditionnelle ou s'il est simplement condamné à payer l'amende. Toutefois, si le délinquant bénéficie d'une libération sous condition ou d'une ordonnance de probation, ou s'il est condamné à une peine d'emprisonnement, sa santé mentale peut encore être prise en considération.

A. Les principes de la détermination de la peine et le désordre mental

La façon dont le désordre mental peut influer sur le prononcé d'une sentence d'emprisonnement ou sur l'émission d'une ordonnance de probation, dépend en grande partie de la conception qu'on se fait de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence. A cet égard, nous avons énoncé notre conception dans le 3e document de travail intitulé *Les principes de la détermination de la peine et le prononcé de la sentence.* Nous envisagerons maintenant les implications de ce document de travail au niveau des rapports entre le désordre mental et le sentencing.

Si, comme nous le faisions remarquer dans notre document de travail, *La notion de blâme*, l'objectif du droit pénal est de soumettre le délinquant à la justice, il s'ensuit que l'imposition d'une peine vise précisément à rétablir la justice en redressant le tort causé par l'infraction et en protégeant les valeurs fondamentales mises en péril par celle-ci. Le sentencing a un rôle éducatif. Il établit clairement la responsabilité du délinquant pour le préjudice causé à la victime, et il reconfirme les valeurs enfreintes par l'infraction. Le sentencing devrait faire en sorte que: «(1) l'innocent ne soit pas lésé, (2) les sentences ne soient pas dégradantes, cruelles ou inhumaines, (3) les peines et les sentences soient proportionnelles à l'infraction, (4) des infractions semblables soient traitées à peu près de la même façon et (5) la peine et la sentence prennent en considération la restitution ou l'indemnisation pour le préjudice causé.»

Une telle politique de sentencing relègue au deuxième plan la réadaptation sociale et le traitement, son premier souci consistant dans la détermination d'une peine qui soit juste et équitable, compte tenu des circonstances. Par conséquent, la peine ne peut être fondée sur une évaluation du laps de temps nécessaire au traitement ou à la réadaptation sociale du délinquant.

Cela ne revient pas à dire que le traitement d'un délinquant souffrant de troubles mentaux n'a pas sa place dans une politique de sentencing; celle-ci, bien que limitée, n'en est pas moins importante. Dans le cadre d'une peine juste, le traitement constitue une obligation de la société à l'égard du prévenu, d'aucuns y voyant même un droit dont ce dernier peut se prévaloir. Même si on entretient de sérieuses réserves sur l'efficacité des programmes thérapeutiques à diminuer le taux de récidive, ils n'en occupent pas moins une place dans la détermination d'une peine juste, dans la mesure où le traitement rend celle-ci plus humaine et diminue (même de façon marginale) la possibilité de récidive.

Ce point de vue a deux implications pour le traitement psychiatrique destiné aux délinquants. Tout d'abord, le besoin ressenti de dispenser un traitement peut ne pas influer sur la durée et le genre de peine. Ensuite, le

délinquant doit consentir à recevoir le traitement dispensé dans le contexte de la peine qui lui est imposée. En ce qui a trait au consentement, il ne faut pas perdre de vue qu'un délinquant ayant atteint l'étape du sentencing a fait l'objet d'un verdict de culpabilité et d'aptitude à subir son procès. On le considère responsable de ses actes, et il devrait avoir le droit de décider lui-même s'il veut se prévaloir de l'aide médicale qui lui est accessible.

B. Le désordre mental et la probation

Nous croyons que le traitement psychiatrique peut à juste titre être inséré comme condition dans une ordonnance de probation. Celle-ci peut inclure une ordonnance visant un programme de soins particuliers, soit au moyen de visites périodiques à une clinique externe en psychiatrie, soit même au moyen de séjours en semi-résidence dans une institution qui dispense des traitements sous contrôle. En général, le Code criminel n'apporte aucune restriction aux conditions d'une ordonnance de probation. Bien que cet état de choses donne au droit une certaine souplesse, il peut donner lieu à certains abus.

Pour éviter de tels abus, nous recommandons l'adoption des mêmes garanties à l'égard du désordre mental qu'à l'égard du sentencing en général: caractère ouvert de la détermination de la peine, possibilité de révision et obligations d'assujettir le traitement au consentement de l'intéressé. Le délinquant et son avocat devraient rechercher activement et suggérer un traitement approprié, et s'efforcer d'obtenir l'accord et la collaboration du personnel thérapeutique. L'émission d'une ordonnance de probation contenant des conditions relatives aux traitements psychiatriques devrait être soumise à trois conditions: (1) que le délinquant comprenne le type de programme à suivre, (2) qu'il accepte de s'y soumettre, et (3) que les services psychiatriques ou de consultation soient d'accord pour le recevoir comme patient. Si, après avoir donné son accord aux conditions, le délinquant les enfreint, il peut être inculpé pour bris d'une condition de la probation, ou renvoyé devant le tribunal pour l'imposition d'une nou-

velle peine. Aussi longtemps que de telles conditions entraînent l'accord et la collaboration du délinquant, elles sont tout à fait compatibles avec notre politique de sentencing.

C. Le désordre mental et l'emprisonnement

Plusieurs s'étonneront d'apprendre qu'un accusé puisse être inculpé, jugé, trouvé coupable et condamné à une peine d'emprisonnement, malgré le fait qu'il souffre d'un désordre mental. Ceci ne fait que souligner ce que nous avons signalé précédemment dans notre étude, à savoir que le droit pénal ne s'intéresse pas au désordre mental *en soi*, mais plutôt à ses conséquences juridiques. Si le désordre mental du prévenu ne mène ni à sa déjudiciarisation avant le procès, ni à un verdict d'inaptitude à subir son procès ou d'irresponsabilité pénale, non seulement il peut, mais il devrait demeurer à l'intérieur du système pénal jusqu'à ce qu'il soit acquitté ou condamné.

Il arrive fréquemment aux juges, au moment du prononcé de la sentence, de se rendre compte que certains prévenus souffrent de troubles mentaux. Cependant le droit actuel ne leur confère aucun pouvoir visant à ordonner que le prévenu purge sa peine en tout ou en partie dans une institution psychiatrique. Certains juges recommandent parfois des traitements psychiatriques pour certains délinquants, dans l'espoir que les autorités carcérales agissent en conséquence. Il arrive parfois que ces recommandations aient une suite, mais dans la plupart des cas, elles n'en ont pas. Bien qu'il soit théoriquement possible aux autorités carcérales de transférer des détenus anormaux mentaux dans des hôpitaux psychiatriques, en pratique de tels transferts ont rarement lieu. En raison de l'insuffisance des services psychiatriques à l'intérieur des établissements de détention, plusieurs prisonniers souffrant de troubles mentaux graves sont détenus sans espoir de traitement.

On ne devrait pas permettre à cette situation de se perpétuer. Après avoir étudié à fond le problème que pose

la condamnation à des peines d'emprisonnement de délinquants atteints de troubles mentaux, et après avoir exploré diverses autres façons d'assurer à ces individus un traitement psychiatrique, nous recommandons qu'on donne aux juges le pouvoir d'ordonner qu'un prévenu purge la totalité ou une partie d'une peine d'emprisonnement en institution psychiatrique. Cette mesure, qui porte le nom d'ordonnance d'hospitalisation, est déjà en usage en Angleterre depuis 1959. Au Canada, deux organismes de recherche en ont recommandé l'adoption.

(i) *L'ordonnance d'hospitalisation*

Voici en quoi consiste notre proposition:

(1) Lorsqu'un prévenu a été trouvé coupable d'une infraction et condamné à une peine d'emprisonnement ferme, il peut, soit lui-même, soit par l'entremise de son avocat, soulever la question de savoir si une ordonnance d'hospitalisation serait appropriée.

(2) L'émission d'une ordonnance d'hospitalisation est soumise à plusieurs critères:

—le délinquant doit faire l'objet d'un verdict de culpabilité pour une infraction criminelle, et avoir été condamné à une peine d'emprisonnement;

—à moins qu'il n'ait à sa disposition des renseignements psychiatriques complets, le tribunal devrait s'autoriser des dispositions du Code criminel pour ordonner le renvoi du délinquant dans une institution psychiatrique, afin de déterminer s'il souffre d'un trouble mental susceptible d'être traité et, le cas échéant, si l'établissement vers lequel il a été dirigé ou un autre établissement, est en mesure de dispenser et consent à dispenser un traitement.

(3) Après avoir étudié le rapport psychiatrique et entendu les représentations de la défense et de la poursuite, le président du tribunal peut, avec le consentement du prévenu et l'accord de l'établissement psychiatrique

concerné, rendre une ordonnance à l'effet qu'il purge la totalité ou une partie de sa sentence dans un hôpital ou un établissement psychiatrique.

(4) Un délinquant qui a consenti en bonne et due forme à l'émission de l'ordonnance d'hospitalisation, peut demander de purger le reste de sa peine dans le système correctionnel, même s'il pourrait encore bénéficier du traitement dispensé par l'hôpital auquel il a été confié. Peut-être devrait-on même lui accorder le droit de s'adresser à un comité de révision pour obtenir son transfert vers un autre hôpital, dans le cas où il ne recevrait pas les soins anticipés.

(5) L'administration de l'hôpital peut, à tout moment avant l'expiration de l'ordonnance d'hospitalisation, renvoyer l'individu dans le système correctionnel. Cependant, le délinquant devrait auparavant être informé par écrit de la raison de cette décision, et il devrait avoir le droit de demander au comité de révision d'être transféré dans un autre hôpital.

(6) Un délinquant à l'égard duquel le tribunal a prononcé une ordonnance d'hospitalisation a droit à la libération conditionn. le de la même façon que tout autre délinquant. De plus les autorités hospitalières peuvent recommander en fonction de considérations psychiatriques, qu'il bénéficie d'une libération conditionnelle au lieu d'être renvoyé en prison.

(7) Un délinquant purgeant sa peine en vertu d'une ordonnance d'hospitalisation est présumé la purger dans une prison pour ce qui a trait à l'évasion et au fait d'être en liberté sans excuse légitime.

Les autres droits et privilèges comme la récréation, les visites, la correspondance ou les absences temporaires sont régis par les règlements propres à chaque institution psychiatrique, et par les critères d'équité et de décence prévus par la loi.

(8) La décision judiciaire relative au prononcé d'une ordonnance d'hospitalisation peut faire l'objet d'un appel, à l'instar de toute autre peine imposée par le tribunal.

(ii) *La nécessité de l'ordonnance d'hospitalisation*

L'ordonnance d'hospitalisation correspond-elle vraiment à une nécessité? Ne pourrait-on pas tout aussi bien veiller aux besoins de détenus en soins psychiatriques à l'intérieur des murs de la prison, ou encore par le biais de transferts vers une institution psychiatrique? A l'heure actuelle, les services psychiatriques offerts dans les prisons, de même que les procédures de transfert, s'avèrent inadéquates et inefficaces. Néanmoins, même en supposant qu'on donne suite à notre recommandation visant à l'amélioration des services psychiatriques et des procédures de transfert, la nécessité de l'ordonnance d'hospitalisation ne s'en ferait pas moins sentir. A notre avis, l'ordonnance d'hospitalisation contribuera à améliorer l'ensemble du processus de sentencing; grâce à elle, le prévenu se verra offrir les traitements psychiatriques dont il a besoin, sans avoir d'abord à être dirigé vers le système correctionnel.

(iii) *La nécessité du consentement*

Notre recommendation visant à assujettir l'émission d'une ordonnance d'hospitalisation au consentement du prévenu suscitera sans doute de nombreuses controverses.

Elle diffère totalement en cela du point de vue exprimé dans deux études effectuées au Canada qui recommandaient l'adoption de l'ordonnance d'hospitalisation elle-même, en plus d'aller à l'encontre de la pratique qui a actuellement cours en Angleterre. Qu'à cela ne tienne, nous croyons que l'exigence du consentement est essentielle. Le fait d'imposer de force un traitement à l'intéressé entrerait en conflit avec notre politique de sentencing. Celle-ci, comme nous l'avons expliquée précédemment, veut que dans le cadre d'une sentence juste, non seulement le délinquant ait accès à un traitement psychiatrique adéquat, mais qu'il ait également le droit de le refuser. A notre avis, un individu qu'on a trouvé responsable de ses actes et apte à subir son procès, est également capable de consentir ou de refuser un traitement médical. Son statut de prisonnier ne devrait pas le priver du droit de prendre cette décision, pas plus qu'elle ne le prive du

droit de décider s'il se fera enlever les amygdales ou extraire une dent de sagesse.

Nous nous rendons parfaitement compte des problèmes inhérents au fait de soumettre l'émission de toute ordonnance d'hospitalisation au consentement du prévenu, en particulier lorsque le refus est la conséquence directe du désordre mental dont il souffre. Par exemple, une personne qui éprouve une méfiance tenant de la paranoïa envers les médecins et les hôpitaux refusera toujours un traitement. Malgré tout, nous croyons qu'il y a d'autres valeurs en jeu et que l'exigence du consentement est trop important pour y renoncer, même dans ces situations bien particulières. Il faut rappeler de nouveau que ce délinquant aura été reconnu apte à subir le procès et suffisamment responsable pour se voir imposer une sanction. N'est-il pas également juste de le considérer apte et suffisamment responsable pour prendre ses propres décisions en ce qui concerne le traitement? D'ailleurs il serait selon nous extrêmement dangereux fût-ce d'entrebâiller la porte au traitement non volontaire. L'exception risquerait bientôt de devenir la règle, et les tribunaux pourraient en venir à émettre des ordonnances d'hospitalisation dans presque tous les cas, en voyant dans le refus par le délinquant d'accepter l'aide qui lui est offerte le signe d'une irrationnalité manifeste et d'une incapacité d'effectuer un choix rationnel.

Voici donc un autre cas où le droit pénal oblige à départager deux valeurs en situation de concurrence. D'aucuns croient la société justifiée d'imposer n'importe quelle forme de traitement aux délinquants, si cette mesure est susceptible de diminuer les risques de récidive. Néanmoins c'est là une hypothèse qui n'est étayée par aucune preuve clinique. D'autres sont d'avis que le fait d'imposer au délinquant un traitement dont il ne veut pas, viole les droits fondamentaux de la personne. A cet égard la Commission adopte la position suivante: si la condamnation pour une infraction criminelle peut justifier en dernier recours la privation de la liberté, rien ne peut justifier la négation d'autres droits fondamentaux comme celui de ne pas être soumis à un traitement contre son gré. Cette position trouve un appui supplémentaire dans

l'abondante documentation qui fait état de l'échec enregistré dans d'autres pays par les programmes de traitements imposés aux intéressés.

(iv) *Conclusion*

L'ordonnance d'hospitalisation devrait améliorer l'ensemble du processus de détermination de la peine. On ne doit toutefois pas y voir la panacée universelle; de fait il se peut qu'elle s'applique finalement à un nombre assez restreint de prévenus. Elle ne fera pas disparaître la nécessité de déjudiciariser le malade mental avant la mise en branle des procédures pénales, d'examiner l'aptitude du prévenu à subir son procès et d'analyser les effets du désordre mental sur la responsabilité. De plus, il faudra encore qu'il existe des services psychiatriques à l'intérieur des prisons elles-mêmes. C'est à cette dernière question qu'est consacré le chapitre suivant.

D. Le désordre mental en milieu carcéral

(i) *Les transferts vers les institutions psychiatriques*

Il existe actuellement plusieurs dispositions statutaires permettant le transfert de prisonniers atteints de troubles mentaux vers des institutions psychiatriques. Toutefois, ces dispositions se sont depuis longtemps révélées inefficaces. Des enquêtes publiques menées en 1938, puis en 1956 et plus récemment en 1969, ont cité des exemples d'inefficacité, de négligence et d'indifférence de la part des autorités officielles.

Quelle est la raison d'être de cet état de choses? Il ne suffirait pas, pour y remédier, d'améliorer les lois, car le véritable problème se situe au niveau de la pratique administrative.

Dans les conflits de juridictions mettant aux prises les différents ministères et niveaux de gouvernements, les participants ont perdu de vue l'objectif poursuivi, qui est de répondre aux besoins des détenus atteints de troubles mentaux. Il est inexcusable que les autorités fédérales et

provinciales en viennent à négliger ces derniers pour se disputer sur la question de savoir qui a la responsabilité de les détenir et de les traiter, et qui devrait acquitter la note. Les divers gouvernements et ministères ont grandement besoin de départager leurs juridictions respectives, et de collaborer à l'adoption de mesures permettant de transférer rapidement et efficacement les prisonniers anormaux mentaux des pénitenciers et des prisons vers les institutions psychiatriques. Tout comme dans le cas des ordonnances d'hospitalisation, ces transferts ne devraient pas s'effectuer sans l'assentiment du détenu et de l'établissement qui doit l'accueillir. Le prisonnier ou l'administration de l'hôpital devrait avoir le droit de demander la réintégration de l'intéressé dans le système correctionnel, sous réserve, dans le cas d'une demande émanant des autorités hospitalières de la possibilité de soumettre l'affaire au comité de révision. Les remarques que nous avons faites dans le chapitre consacré aux ordonnances d'hospitalisation, au sujet des privilèges, des remises de peine et de la libération conditionnelle, s'appliquent également aux transferts dans les institutions psychiatriques.

(ii) *L'article 546 du Code criminel*

Il y a une disposition relative aux transferts qui doit disparaître. Il s'agit de l'article 546 du Code criminel, en vertu duquel un prisonnier qui semble souffrir de troubles mentaux peut être transféré dans un établissement psychiatrique en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur. Cet article est superflu du fait qu'on le retrouve en substance dans les lois provinciales et fédérales sur les prisons et les pénitenciers. Nous recommandons donc l'abrogation de l'article 546, comme l'ont fait d'autres études avant nous.

(iii) *Les services psychiatriques en milieu carcéral*

La nécessité d'étendre l'ampleur des services psychiatriques au sein des pénitenciers fédéraux et des prisons provinciales est manifeste. Les carences des services actuellement offerts font l'objet d'une abondante documentation, et il n'est pas utile de les reprendre ici. Il faut

cependant reconnaître que des indices récents permettent de croire à une amélioration marquée de ces services, du moins dans certains domaines.

En recommandant une amélioration des services psychiatriques offerts en milieu carcéral, nous reconnaissons par le fait même le devoir qu'a la société de fournir des soins psychiatriques à ceux qu'elle emprisonne. Ce devoir s'inscrit dans l'obligation générale qui lui incombe de respecter les droits fondamentaux de tous ses membres. Il s'ensuit que les prisonniers ne devraient pas être privés des services de santé auxquels ils auraient normalement accès s'ils n'étaient pas en détention.

VII. La preuve psychiatrique, les rapports et les renvois

Toutes les étapes du processus pénal où le désordre mental a une pertinence quelconque ont en commun la nécessité de faire appel à des experts en psychiatrie pour en diagnostiquer la présence et en évaluer les effets. Bien qu'on tente d'obtenir l'opinion de l'expert pour des raisons qui diffèrent d'une étape à l'autre, la procédure suivie est toujours la même. Par le biais du renvoi, le prévenu ou s'il a été condamné, le délinquant, est confié à un expert, généralement un psychiatre; après avoir procédé aux examens appropriés, celui-ci prépare un rapport au sujet duquel il peut être appelé à témoigner devant le tribunal. Dans les pages qui vont suivre nous examinerons brièvement le rôle de l'expert en psychiatrie dans le processus pénal, la facture et la transmission du rapport médical, ainsi que les renvois pour fins d'observation.

A. L'expert en psychiatrie* et le processus pénal

Les avocats reprochent souvent à la psychiatrie et aux psychiatres d'être à la solde de la partie au litige qui

* Bien que ce soit d'habitude les psychiatres qui témoignent devant la cour, nos remarques s'adressent à tous les professionnels œuvrant en psychiatrie.

retient leurs services. De leur côté, les psychiatres se montrent souvent irrités par les distinctions juridiques qu'ils trouvent arbitraires et dénuées de toute résonance au plan diagnostique, mais qui semblent sacro-saintes pour les juristes. Ils critiquent également l'indifférence dont font généralement preuve les avocats envers les besoins médicaux d'un prévenu anormal mental. Pour l'expert en psychiatrie, l'ambiance créée par le caractère contradictoire du droit pénal s'avère peu propice à une présentation réaliste de l'évaluation psychiatrique quand elle n'est pas carrément dégradante pour lui. C'est pourquoi on serait malvenu de qualifier d'harmonieux les rapports entre le criminaliste et le psychiatre expert près les tribunaux. De fait, ces relations sont particulièrement difficiles.

Cependant, comme c'est souvent le cas, ces difficultés proviennent en grande partie d'un manque de compréhension: manque de compréhension du rôle du psychiatre dans le processus pénal, manque de compréhension des limites inhérentes à l'expertise psychiatrique et manque de compréhension de la nature des questions en litige, tant au plan médical que juridique.

Considérons tout d'abord le rôle du psychiatre en tant que témoin. Ce témoin expert n'est pas différent des autres experts. Il n'a pas observé ou participé directement à l'incident qui fait l'objet du litige: son témoignage constitue l'expression d'une opinion fondée sur des connaissances, une expérience et un entraînement particuliers. Le rôle du psychiatre en est un de *conseiller* auprès du juge dans des domaines qui dépassent le champ des connaissances et de l'expérience de ce dernier.

En remplissant cette tâche de conseiller, l'expert doit faciliter la prise de décision judiciaire; il ne doit pas l'embrouiller ni l'usurper. Ce n'est pas toujours ce qui arrive, et il incombe tant au juge qu'au psychiatre de comprendre qu'il n'entre pas dans les attributions du témoin expert, qu'il soit psychiatre ou autre, de trancher la question en litige. L'aptitude du prévenu à subir son procès et sa responsabilité pénale sont des décisions qui ressortent au tribunal.

Pour clarifier la situation, il faut réaffirmer le caractère judiciaire des questions soumises au tribunal, tout en soulignant l'importance de l'élément psychiatrique qui les compose. On doit reconnaître une fois pour toutes que des expressions comme «apte à subir son procès» et «responsable pénalement» n'ont aucune signification pour la médecine, et qu'on serait malavisé de s'attendre ou, comme c'est parfois le cas, d'exiger du psychiatre qu'il exprime son opinion sur ces questions qui sont au cœur du débat juridique.

Il importe également que la profession juridique comprenne la nature et l'objet de l'expertise psychiatrique. Le diagnostic n'est jamais un absolu; il constitue toujours une question de degré. Il vise en effet à déterminer les besoins psychiatriques du patient, et non pas à définir ses droits et obligations juridiques. Il faudrait encourager le psychiatre à témoigner sur ce qu'il connaît le mieux, soit l'état psychiatrique du prévenu, au lieu de le forcer à répondre par un oui ou par un non à des questions qui n'ont pour lui aucune signification, et au sujet desquelles il n'a, par surcroît, aucune compétence particulière.

Même si nous reconnaissons qu'il sera parfois nécessaire d'assigner le psychiatre à comparaître devant le tribunal, nous recommandons qu'on évite de le faire dans toute la mesure du possible. Les services psychiatriques qui sont déjà débordés, doivent répondre à une demande toujours croissante; et des comparutions fréquentes et inutiles ne font qu'ajouter à leur fardeau. La confection de rapports psychiatriques complets et compréhensibles ainsi qu'une disposition permettant la déposition écrite plutôt que le témoignage oral, diminuerait de façon significative le nombre de comparutions pour le psychiatre. De même, l'intégration dans la procédure générale de communication de la preuve préalable au procès, d'un échange de renseignements psychiatriques entre les experts ayant examiné le prévenu, réduirait la possibilité que se produisent à l'audience des contradictions entre les diverses dépositions.

Nous recommandons également un examen approfondi de toute la question de la confrontation de type accusatoire entre psychiatres. Même s'il n'est pas du res-

sort de ce document d'étudier le rôle de l'expert devant le tribunal, nous tenons à souligner le fait que plusieurs États américains et plusieurs pays européens ont adopté un système en vertu duquel les psychiatres sont choisis au hasard à partir d'une liste préparée par l'administration judiciaire. Cette technique a réduit considérablement la possibilité de conflits entre les témoignages d'experts rendus à l'audience; d'ailleurs la plupart des psychiatres ont avoué leur préférence pour cette façon de procéder. Par contre, d'autres soutiennent que l'expertise unique peut donner faussement à penser que le diagnostic psychiatrique est presque toujours unanime à cet égard, et même si elle peut s'avérer embarrassante pour certains, ils voient dans l'affrontement entre experts un reflet plus fidèle de l'état actuel de cette science toujours en évolution.

B. Le rapport psychiatrique

Un rapport exhaustif et facile à comprendre demeure le meilleur gage de l'utilisation efficace des connaissances de la psychiatrie. Toutefois, le rapport psychiatrique fait présentement l'objet de récriminations mutuelles tant de la part des médecins que des juges. Les psychiatres se plaignent que les tribunaux ne veulent pas leur dire ce qu'ils attendent d'eux, alors que les juges se plaignent qu'ils ne savent pas ce que les psychiatres essaient de leur dire. Les deux reproches sont souvent justifiés.

(i) *Que veulent les tribunaux?*

Il est difficile de dire ce que veulent les tribunaux si on cherche la réponse dans le Code criminel. Non seulement ne précise-t-il pas ce que devrait contenir le rapport psychiatrique, mais il n'exige même pas qu'un rapport psychiatrique soit préparé. La seule directive qu'on y trouve se rapporte au renvoi du prévenu pour fins d'observation. En pratique, cela signifie que le prévenu est envoyé dans une institution psychiatrique, qu'il y subit un examen et que les résultats de l'examen sont expédiés au

tribunal. En général, on ne dit rien sur les motifs de la demande d'examen et sur la facture du rapport. Le prévenu se retrouve tout simplement à l'hôpital pour y subir une évaluation sans explication supplémentaire. Les tentatives effectuées par des psychiatres de certaines provinces pour obtenir des tribunaux un complément d'information, n'ont obtenu qu'un succès très mitigé.

Aussi le psychiatre est-il obligé de deviner la raison qui est sous-jacente au renvoi; si celui-ci est ordonné en fonction du Code criminel, l'hypothèse la plus logique consiste à croire que le juge a besoin d'aide pour trancher la question de l'aptitude à subir le procès. S'il est manifeste que le patient est apte à subir son procès comme c'est généralement le cas, on peut en déduire que le juge veut savoir autre chose. Par exemple, peut-être veut-il savoir si l'institution qui procède à l'examen peut faire quelque chose pour ce prévenu en particulier. En fait, il se trouve à demander à l'institution si elle aimerait le reprendre. Il se peut aussi que le juge veuille savoir si l'établissement peut garder le prévenu dans le cadre d'un internement civil involontaire. Devant cette incertitude, le psychiatre dit au juge ce qu'il croit que le juge veut savoir de lui. Or plusieurs juges et avocats reprochent aux psychiatres de ne pas s'exprimer d'une manière facilement accessible aux personnes qui ne sont pas de formation médicale.

(ii) *Qu'essaient de dire les psychiatres*?

Il est difficile de savoir ce que veulent dire les psychiatres si on consulte par exemple les rapports psychiatriques présentés devant les tribunaux. Très souvent ils sont brefs et avares de détails, et ils se prononcent sur les questions juridiques en litige.

La sémantique est ici source de difficultés. Des mots comme «psychotique», «névrosé», «schizophrène», «paranoïaque», et les termes du même cru n'ont même pas d'acception uniforme au sein de la profession médicale. Rien d'étonnant, donc, à ce qu'ils soient mal compris, voire déformés par les juges et les avocats. On résoudrait en grande partie ce problème de vocabulaire, si on conce-

vait le rapport psychiatrique de façon à contraindre l'expert à définir les termes qu'il utilise et à expliquer les conséquences du désordre mental sur la personnalité et le comportement du prévenu d'une façon intelligible pour le profane intelligent.

Il y a donc deux exigences fondamentales pour tout rapport psychiatrique. Tout d'abord, le juge doit décider des renseignements dont il a besoin et les communiquer clairement au psychiatre. Ensuite le psychiatre doit communiquer au juge ses connaissances professionnelles dans un rapport exhaustif et compréhensible.

Nous recommandons donc:

(1) que le Code criminel déclare explicitement que l'objet des renvois psychiatriques consiste dans la préparation d'un rapport psychiatrique;

(2) que la facture et le contenu du rapport soient conçus de façon à encourager une présentation aussi intelligible que possible de la preuve psychiatrique. Ils devraient également dissuader l'expert de se prononcer, lors de sa déposition, sur les questions juridiques en litige.

Bien entendu tous les rapports psychiatriques ne seront pas identiques. A chaque étape du processus pénal se soulèvent des questions différentes, ce qui entraînera des variations au niveau de la facture et du contenu du rapport. De fait, certains types de renseignements ne devraient pas parvenir au juge avant le verdict de culpabilité ou d'innocence.

L'examen antérieur au procès—Un accusé chez qui on soupçonne la présence d'un désordre mental devrait faire l'objet d'un examen aussitôt que possible, afin que la défense et la poursuite aient en main tous les renseignements leur permettant de décider de l'orientation à donner à l'affaire. Les questions qui se posent avant le procès sont l'aptitude du prévenu à subir le procès et la possibilité de la déjudiciarisation hors du processus pénal. Le rapport préparé antérieurement au procès devrait donc se concentrer sur ces deux points, et ne contenir aucun renseignement qui puisse porter préjudice au prévenu. Par exemple, il ne devrait faire aucune allusion à la probabilité, du point

de vue psychiatrique, qu'il commette une infraction semblable à celle dont il est inculpé. Ce genre de renseignements, et d'autres de même nature, risqueraient de le faire condamner pour ce qu'il pourrait faire, plutôt que pour ce qu'il a réellement fait.

L'examen contemporain au procès—Pendant le procès, les questions pertinentes sont l'aptitude à subir le procès et la responsabilité criminelle. Si le problème de l'aptitude se soulève, le rapport devrait porter uniquement sur ce sujet. Le rapport relatif à la responsabilité criminelle devrait également restreindre la preuve psychiatrique à ce seul point. Si les deux questions se soulèvent, on pourrait en traiter dans le même rapport.

L'examen postérieur au procès—A ce stade on n'ordonnerait la tenue d'un examen que si le prévenu a été trouvé coupable et condamné à une peine d'emprisonnement. Le but du rapport consiste à fournir au juge des renseignements psychiatriques susceptibles de l'aider à décider de l'opportunité d'émettre une ordonnance d'hospitalisation. Le rapport devrait être facile à comprendre; il analyserait la gravité du désordre mental de même que les possibilités et la durée d'un traitement, et il dirait si l'établissement qui procède à l'examen pourrait reprendre le prévenu à titre de patient, ou s'il recommande son admission dans une autre institution.

D'une manière générale, le Code devrait indiquer clairement les cas où un rapport psychiatrique doit être préparé, les raisons pour lesquelles il doit être préparé et la personne à qui il s'adresse. Il conviendrait que dans les divers milieux et les diverses juridictions des psychiatres, avocats et juges travaillent à l'élaboration d'une formule détaillée de rapport et, par la suite, la revoient périodiquement. Ceci permettrait d'adapter les rapports aux nouvelles découvertes scientifiques, ainsi qu'à l'évolution des tribunaux et des services psychiatriques. Cette façon de procéder favoriserait également une meilleure compréhension et un meilleur échange entre le droit et la psychiatrie. Il serait utile que le Ministère du Solliciteur général et le Ministère de la Justice en consultation avec les provinces élaborent des modèles de rapports et des listes de contrôle.

C. Les renvois pour fin d'observation

Les renvois servent à envoyer le prévenu qui est devant le tribunal subir un examen auprès d'un psychiatre. La loi actuelle qui prévoit des renvois allant de 30 à 60 jours, n'est utilisée que pour une fraction de l'ensemble des examens psychiatriques. La plupart des «renvois» découlent soit de procédures provinciales, soit de procédures élaborées par la coutume dans une juridiction particulière. Ainsi certains centres d'écrou provinciaux disposent de psychiatres-conseils qui examinent les personnes soupçonnées d'être atteintes de troubles mentaux. Ces procédures ne s'accompagnent généralement pas du renvoi prescrit par le Code criminel. Ainsi en 1972, on a relevé, dans une prison provinciale de l'Ontario, un nombre de ces évaluations informelles supérieur à la totalité des renvois effectués en vertu du Code criminel dans l'ensemble de la province. Une grande quantité de renvois dérivent également de lois provinciales sur la santé mentale, et il arrive souvent qu'ils soient ordonnés de concert avec un renvoi prescrit par le Code. Nos discussions avec certains psychiatres et des autorités judiciaires ont révélé l'existence des problèmes suivants:

(1) Même si le malade mental manifeste habituellement les symptômes de sa maladie dès les premiers stades du processus pénal, le Code ne prévoit pas de renvoi avant l'enquête préliminaire.

(2) On ne fait aucune tentative pour ajuster les dispositions actuelles relatives aux renvois en fonction de leurs objectifs, ou de communiquer le motif du renvoi au psychiatre qui est responsable de l'examen.

(3) Le système actuel de renvois ne prend pas en considération les différents types de renseignements qui sont nécessaires pour trancher les diverses questions juridiques en litige.

(4) Même si le Code possède maintenant une certaine souplesse quant à la durée des renvois (jusqu'à 60 jours) la plupart des renvois sont émis pour une période maximale et il n'existe aucune disposition autorisant un examen lors du cadre institutionnel. Lorsque la nécessité d'un examen

psychiatrique découle de l'implication du prévenu dans le processus pénal, il est important que le renvoi soit émis en vertu des dispositions du Code criminel. Les renvois qui sont ordonnés soit en vertu de lois provinciales, soit en vertu de procédures informelles peuvent avoir pour effet de priver le prévenu des garanties que lui offre le Code criminel. Mais cette protection ne sera possible que si les dispositions du Code visant les renvois subissent des améliorations importantes.

Le système de renvois doit posséder une certaine flexibilité et permettre d'opter pour le type de renvoi approprié, compte tenu de la question juridique à trancher. Ainsi, de l'avis même des psychiatres, l'examen relatif à l'aptitude à subir le procès constitue la plus facile et la plus rapide des évaluations que leur demandent les tribunaux. Certains auteurs sont même allés jusqu'à prétendre qu'il suffirait dans la plupart des cas de confier l'évaluation à un profane. Voilà pourquoi, lorsque l'examen porte sur l'aptitude à subir le procès, le renvoi devrait être bref. De plus, puisque l'inaptitude ne s'accompagne pas d'un élément de dangerosité, il faudrait effectuer l'examen du prévenu sans restreindre davantage sa liberté que si aucun examen n'était nécessaire. Autrement dit, dans les cas où il obtiendrait normalement un cautionnement en attendant son procès, l'évaluation devrait avoir lieu en milieu libre. Toutefois, s'il est détenu en attendant son procès, l'examen pourrait se dérouler soit à l'intérieur des murs de la prison, soit dans un hôpital psychiatrique.

En principe, les examens antérieurs ou contemporains au procès ne devraient pas entraîner l'internement dans un établissement psychiatrique. L'internement habituel pour une période de 30 ou 60 jours peut avoir pour le prévenu des conséquences préjudiciables auxquelles il faudrait pallier. Indépendamment du stigmate social et du traumatisme personnel qui découlent de la détention involontaire dans une institution psychiatrique, le prévenu peut être séparé de sa famille et de ses amis en plus de perdre son emploi. Bien souvent l'examen n'est pas plus poussé, ne prend pas plus de temps et n'est pas plus utile que si le prévenu l'avait subi comme patient externe. Si on juge la détention nécessaire par mesure préventive, ou pour des

raisons médicales, c'est à celui qui en allègue la nécessité de justifier la demande. Dans les autres cas, le renvoi devrait le moins possible priver le prévenu de sa liberté.

Ces remarques ne s'appliquent pas aux examens effectués après le procès dans la perspective d'une ordonnance d'hospitalisation. A ce moment, la détention du délinquant est inévitable, et l'examen exige une période d'observation plus longue au sein de l'institution pour permettre au personnel de considérer quels programmes thérapeutiques peuvent être envisagés, jusqu'à quel point le délinquant en bénéficierait et dans quelle mesure, et si l'établissement l'acceptera comme patient. Ceci donne également au détenu la possibilité de se familiariser avec l'établissement, ce qui l'aidera à décider s'il préférera y purger sa peine plutôt que de la purger en prison.

Comme nous l'avons signalé dans le chapitre traitant de l'ordonnance d'hospitalisation, la décision de suivre un traitement exige l'assentiment du délinquant et de l'hôpital.

Pour résumer, nous recommandons:

—que les renvois de prévenus ou de délinquants soupçonnés d'être atteints de désordre mental soient ordonnés en vertu des dispositions du Code criminel;

—que le Code criminel prévoie une gamme de renvois, certains n'impliquant qu'une brève détention ou aucune détention;

—que le renvoi soit expressément lié à la nature de l'information psychiatrique demandée, et que le psychiatre en soit informé sans équivoque possible;

—que dans la mesure du possible, tous les renvois antérieurs ou contemporains au procès n'imposent au prévenu aucune privation de liberté. Si on juge la détention nécessaire, il incombe à celui qui en allègue la nécessité de justifier sa demande.